

THÈSE DE
PARIS.
1883
N^o. 32

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU BÉNÉFICE DE CESSIION D' ACTIONS

EN DROIT ROMAIN

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PAUL DENEVERS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1883

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

EN DROIT ROMAIN

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 14 Mars 1883, à 4 heures

PAR

PAUL DENEVERS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



Président : M. COLMET DE SANTERRE, Professeur

SUFFRAGANTS

MM. LABBÉ
JALABERT
ALGLAVE
RIPERT

PROFESSEURS.

AGRÉGÉS

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

INTRODUCTION

On peut dire d'une manière générale que, du jour où le prêteur inséra dans sa formule l'exception de dol, les règles de l'équité tendirent à s'imposer dans la législation romaine. Sans oser d'abord s'attaquer aux principes traditionnels du droit civil, l'*exceptio doli mali* s'en prit à la rigueur excessive de leurs conséquences ; pénétrant dans le moule étroit du formalisme primitif, elle commença par l'élargir et finit par le briser : elle apparaît en un mot comme le point de départ d'une conception juridique toute nouvelle. Il faudrait un travail de longue haleine pour suivre dans toutes ses applications, depuis sa naissance jus-

qu'à son développement presque complet sous Justilien, l'innovation féconde du préteur. Nous nous bornerons ici à étudier l'exception de dōl dans une de ses conséquences les plus intéressantes, et nous donnerons pour titre à cette étude : *Du bénéfice de cession d'actions*.

Le bénéfice de cession d'actions permet à celui qui paye une dette à laquelle il était tenu avec d'autres ou pour d'autres de recourir contre le débiteur principal ou contre ses coobligés, par l'action même du créancier qu'il a désintéressé. Voyons rapidement comment et dans quel but ce bénéfice s'est introduit dans la jurisprudence.

Comme la cession de créances, dont elle n'est qu'une application avec des règles particulières, la cession d'actions s'opère au moyen de la *procuratio in rem suam*. C'est dire que son établissement est forcément postérieur au système des actions de la loi, sous l'empire duquel on ne pouvait se faire représenter en justice, et qu'elle devint seulement possible à partir de l'époque où, suivant l'expression de Gaius, *cœperunt homines per procuratores litigare*. Une fois en possession de la *procuratio in rem suam*, les Romains songèrent à rendre la cession obligatoire dans certains cas, et sous certaines conditions que nous examinerons dans la suite.

Telle est l'origine du bénéfice *cedundarum actionum*. Du reste, il ne se trouve mentionné dans aucun

texte émanant du pouvoir législatif; sa création est vraisemblablement l'œuvre des jurisconsultes, qui trouvèrent en lui un moyen de combler certaines lacunes, et de faire prévaloir l'équité contre les rigueurs du droit civil.

A quels besoins pratiques la cession d'actions devait-elle donc répondre? Pour s'en rendre compte, il faut se rappeler qu'à Rome le cautionnement, ce moyen de crédit si puissant dans un Etat civilisé, fut d'abord renfermé dans les règles étroites de l'*adpromissio*, contrat unilatéral et de droit strict. Plus tard des modes plus larges s'établirent : on put cautionner une dette par le *mandatum pecuniæ credendæ* et par le pacte de constitut *pro alio*. Mais à l'origine la nécessité d'une stipulation créait une situation intolérable pour la caution, en la mettant à la discrétion absolue du créancier. Il est facile de prouver, par exemple, que la *fidejussio* n'était pas faite pour encourager la bonne volonté des cautions. En effet, le créancier pouvait, négligeant le débiteur principal, poursuivre en premier lieu le fidéjusseur. Il est vrai qu'après avoir payé, celui-ci avait son recours par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*. Mais à quoi lui servira cette action, si le débiteur est devenu insolvable? Primé par les créanciers hypothécaires ou privilégiés, forcé de subir le concours des créanciers chirographaires, le fidéjusseur se trouvera dans l'alternative, ou de perdre en totalité son avance de fonds, ou de

n'en recouvrer qu'une faible partie. Aura-t-il du moins le droit, en prévision de l'insolvabilité du débiteur principal, de se tourner contre ses cofidélusseurs, pour demander à chacun d'eux sa part dans la dette? En aucune façon : c'est en vain que son payement les aura libérés. Le droit civil lui dénie toute espèce de recours, par cette raison qu'aucun rapport juridique ne peut se fonder entre cofidélusseurs sur le contrat de fidélussum.

Il n'est donc pas exagéré de dire que la fidélussum aboutissait à des résultats souvent iniques contre le fidélussum.

C'est pour les faire cesser que les jurisconsultes établirent le bénéfice de cession d'actions. Mais ce n'était pas chose facile : là encore se dressaient, en droit strict, des obstacles insurmontables. Il n'y avait pas, en effet, d'obligations réciproques dans l'*adpromissio* ; le caractère unilatéral de ce contrat s'opposait à ce que le fidélussum put exiger quoi que ce fût du créancier. Il fallait trouver quelque biais, quelque détour ingénieux qui, sans heurter de front le formalisme du vieux droit écrit, permit d'atteindre au but que l'on se proposait. C'est là que l'exception de dol vint rendre un véritable service aux jurisconsultes : grâce à elle, ils firent pénétrer la cession d'actions dans le domaine du droit. Comme le créancier n'a aucune bonne raison pour refuser l'action au fidélussum qui offre de le désintéresser complètement, le prêteur dira qu'il com-

met un dol en la refusant; et l'exception *doli mali* aura pour effet de triompher de son mauvais vouloir ou d'entraîner l'absolution du fidéjusseur.

Il est aisé maintenant d'apprécier les avantages que le bénéfice de cession d'actions procure au fidéjusseur. Si l'action du créancier est supérieure à celle qu'il a de son propre chef, si par exemple elle est de celles *quæ crescunt in duplum adversus inficiantem*, ou si elle est garantie par un privilège, le fidéjusseur pourra l'exercer. Mais l'efficacité de son recours lui sera, surtout assurée, lorsque le créancier avait contre celui-ci des droits de gage ou d'hypothèque; le fidéjusseur se voit alors armé d'un droit de préférence contre les créanciers du débiteur principal, et d'un droit de suite contre les tiers détenteurs. Enfin la cession d'actions va lui permettre d'invoquer contre ces cofidéjusseurs un recours que le droit civil lui refusait d'une manière absolue.

Les jurisconsultes ne devaient pas réserver aux seuls *adpromissores* les résultats heureux de leur innovation. Le bénéfice de cession d'actions s'étendit bientôt aux autres cautions, puis, sous des conditions que nous verrons plus tard, aux codébiteurs solidaires et aux tiers détenteurs de biens hypothéqués. Le même procédé servit ainsi à assurer le triomphe de l'équité, et à faciliter le développement du crédit. On fit même un dernier pas dans cette voie, et, du moins dans certains cas, on finit par sous-entendre la cession d'actions

au profit de celui qui avait négligé de la réquerir du créancier.

Toutefois, en matière de cautionnement, d'autres réformes restaient encore à accomplir. Pourquoi imposer le risque de l'avance à une seule des cautions, alors qu'en définitive toutes doivent supporter une part dans la dette ? Ne vaut-il pas mieux que la caution poursuivie ait le droit, si elle y trouve son intérêt, de contraindre le créancier à diviser son action entre elle et chacune des autres ? D'autre part, puisque l'engagement de la caution n'est qu'accessoire, n'est-il pas à propos qu'elle puisse renvoyer préalablement le créancier à la poursuite du débiteur principal ? C'est ce que décidèrent successivement une constitution d'Adrien et une novelle de Justinien, en créant, la première, le bénéfice de division, et la seconde le bénéfice de discussion.

Remarquons cependant que l'équité n'est pas aussi directement intéressée à l'existence de ces deux derniers bénéfices qu'à celle de la cession d'actions : ce qu'il fallait protéger avant tout, c'était le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal.

Voilà pourquoi sans doute le bénéfice de cession d'actions vient le premier dans l'ordre chronologique ; et si l'on songe que les deux autres apportaient une entrave considérable à l'exercice des droits du créancier, on ne sera pas étonné que leur établissement ait exigé l'emploi de constitutions impériales, tandis qu'il

a suffi, pour l'introduction du bénéfice de cession d'actions, de la simple autorité des Prudents.

Ces notions générales terminées, nous pouvons aborder l'étude de notre matière. Pour procéder avec méthode, nous étudierons successivement les quatre points suivants :

1° Quelle est la nature du bénéfice de cession d'actions ;

2° Quelles personnes peuvent l'invoquer ;

3° Dans quelles formes et sous quelles conditions on peut l'exercer ;

4° Quels sont ses effets.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

Il existe plusieurs théories sur la nature de la cession d'actions. Nous allons les exposer rapidement.

D'après une première opinion, la cession d'actions n'est qu'une cession ordinaire, avec cette particularité qu'elle est rendue obligatoire dans certains cas au moyen de l'exception de dol. Cette exception devant être opposée *in limine litis*, il en résulte que, tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, ou dénonciation de la cession du cédé, le créancier cédant reste encore saisi de ses actions, et peut les exercer.

A notre avis cette manière de voir est incompatible avec l'idée de fiction qui a fait introduire la cession d'actions dans la jurisprudence romaine. Consultons en effet la loi 36, *De fidejussoribus* :

« Cum is qui et reum et fidejussorès habens ab uno
« ex fidejussoribus accepta pecunia præstet actiones :
« poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum per-
« ceperit, et perceptione omnes liberati sunt; sed non
« ita est; non enim in solutum accepit, *sed quodam*

« *modo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones,*
« *quid tenetur ad id ipsum ut præstet actiones.* »

Il y a donc fiction de vente ou de cession. Cela étant, pourquoi les jurisconsultes romains auraient-ils recouru à une fiction, s'il s'était agi, comme on le prétend, d'une cession ordinaire? A quoi cette fiction aurait-elle servi si l'opération avait constitué en tous points une véritable cession? De plus cette théorie d'une cession ordinaire de créance serait contradictoire avec le principe d'équité, qui sert de fondement à notre bénéfice. L'équité, qui fait que l'on vient au secours du débiteur, demande aussi que l'on n'aggrave pas la position du créancier, lequel se contente de réclamer ce qui lui est dû. Ou quelle serait pour lui la conséquence de cette cession? Elle l'obligerait à garantie, en cas d'inexistence de la créance: sa situation se trouverait empirée. Aussi ne peut-on citer aucun texte qui lui impose cette obligation de garantie. Tout ce que le cessionnaire peut invoquer en cas d'inexistence de la créance, c'est, conformément au droit commun, une *condictio indebiti*. Il faut donc repousser comme inacceptable cette première doctrine.

D'après une autre théorie, la cession porte, non pas sur la créance elle-même, mais sur ses accessoires. Le paiement fait au créancier a bien éteint la dette; mais les accessoires, tels que privilèges, hypothèques ou droits de gage qui garantissaient primitivement la

créance, passent au fidéjusseur, et viennent se joindre à l'action qu'il a de son chef contre le débiteur principal.

Cette explication ne nous paraît pas plus admissible que la première. En effet, sur quoi les accessoires de la créance qui, dit-on, passent au fidéjusseur, viendraient-ils s'appuyer, au cas où le fidéjusseur n'aurait pas par lui-même une action contre la personne qu'il veut poursuivre? Ainsi supposons un fidéjusseur qui a payé la dette et qui veut recourir contre son cofidéjusseur. Le paiement ayant éteint la créance, il se trouvera complètement désarmé, car, en droit strict il n'a de son chef aucun recours contre l'autre.

Pour que les garanties de l'action lui passent, il faut qu'il se fasse céder par le créancier l'action elle-même.

Nous savons bien que l'on prétend appuyer cette doctrine sur certains textes. Parmi ceux qu'on nous oppose, il faut d'abord en écarter deux qui s'occupent, non du bénéfice de cession d'actions, mais de la *successio in locum*, sur laquelle nous nous proposons de revenir dans un autre chapitre. Il s'agit des lois 2, C. liv. VIII, t. XIX, et 12, § 8, D. L. 20, t. IV. Restent les lois 2 et 11, C. liv. VIII, t. XLI, qui parlent seulement, il est vrai, du transfert des *jura pignorum*; mais elles ne sauraient prévaloir contre d'autres textes beaucoup plus nombreux, et notamment contre la loi 36, *De fidejussoribus*, que nous avons transcrite plus haut. Dans tous ces fragments, il est question de

præstare actiones, nomina vendere, etc. ; ce qui ne laisse aucun doute sur l'étendue du transfert opéré par le créancier.

Cette réfutation nous amène à l'exposé de la troisième théorie, que nous nous proposons de suivre. Dans ce système, la cession d'actions est une opération à double face, payement et cession tout à la fois.

Supposons un fidéjusseur qui paye le créancier après s'être fait céder les actions de ce dernier.

Cette opération, disons-nous, présente un caractère complexe. C'est un payement pur et simple dans les rapports du créancier et du fidéjusseur (et il ne saurait en être autrement, car on ne peut changer la nature du droit qu'a eu le créancier de toucher ce qui lui est dû); mais au contraire c'est une vente à l'égard du débiteur principal et des autres cautions. Le créancier est censé avoir vendu au fidéjusseur ses actions pour les faire valoir contre le débiteur ou contre ses cofidéjusseurs. C'est ce que nous trouvons indiqué dans la loi 17 *De fidejussoribus* :

« Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est vendere cæterorum nomina. »

Mais ici se présente une difficulté. Comment, dirait-on, est-il possible au créancier de céder ses actions, puisqu'elles ont été éteintes par le payement qu'il a reçu du fidéjusseur? Nous savons en effet qu'un payement régulièrement fait éteint les sûretés qui garan-

tissaient la créance. La loi 36 prévoit elle-même l'objection : « *poterit quidem dici nullas jam esse actiones, cum suum perceperit.* » Et elle la résout immédiatement par le procédé ordinaire des jurisconsultes romains, quand ils veulent échapper à la logique rigoureuse du droit civil, c'est-à-dire au moyen d'une fiction. Les actions, dit le texte, sembleraient ne plus devoir exister, puisque le créancier a recouvré le montant de sa créance; mais il n'en est pas ainsi. Il faut supposer que le créancier, au lieu de recevoir un paiement pur et simple, a en quelque sorte vendu la créance au fidéjusseur : « *Quodam modo nomen debitoris vendidit.* » Alors possédant encore les actions il est tenu de les livrer au fidéjusseur, en paiement du prix qu'il a reçu.

En acceptant cette théorie qui fait de la cession d'actions à la fois un paiement et une cession, suivant le point de vue auquel on se place, on concilie tous les intérêts; l'intention des parties est respectée, et l'on se trouve accorder toute sécurité à celui qui a payé la dette, sans pour cela nuire au créancier.

CHAPITRE II

QUI PEUT INVOQUER LE BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

En prenant comme point de départ le principe d'équité qui est la base du bénéfice de cession d'actions, on arrive à reconnaître que, pour l'obtenir, il faut et il suffit que celui qui paye une dette, à laquelle il est tenu en même temps que d'autres, ait un intérêt légitime à l'acquitter.

S'il en est ainsi, si les solutions de la jurisprudence romaine sont sur ce point d'accord avec les déductions de la logique, et pour notre part nous en avons la ferme conviction, le bénéfice de cession d'actions apparaît comme l'origine directe de l'art. 1251-3° du Code civil, aux termes duquel la subrogation légale a lieu au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter.

Sont tenus pour d'autres, en droit romain, la caution sous ses différentes formes, et le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Sont tenus avec d'autres les codébiteurs solidaires, dans les deux cas de cor-

réalité et de simple solidarité. Notre tâche consiste donc à prouver que la caution, le codébiteur solidaire et le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué ont droit au bénéfice de cession d'actions.

I. CAUTIONS

De toutes les cautions, ce fut le fidéjusseur à qui l'on accorda d'abord la cession d'actions ; puis ce bénéfice fut très certainement étendu par la suite au cas du *mandator pecuniæ credendæ* (L. 41, § 1, liv. XLVI, t. 1).

Mais ces cautions ne sont pas les seules. A côté de la *fidejussio*, contrat verbal, nous rencontrons deux autres formes d'*adpromissio*, qui sont la *sponsio* et la *fidepromissio* ; à côté du *mandatum pecuniæ credendæ*, contrat consensuel, se place le pacté prétorien de constitut. La question est donc de savoir si le *sponsor* et le *fidepromissor* d'une part, et le débiteur caution dans un pacte de constitut d'autre part, peuvent exiger du créancier la cession de ses actions.

Les textes sont muets à cet égard ; mais nous n'éprouvons aucune difficulté à résoudre la question affirmativement. Pour nous, le principe fondamental sur lequel repose toute la théorie de la cession d'actions est l'équité. Eh bien ! si l'équité réclame l'obtention du

bénéfice au profit du *fidejussor* ou du *mandator pecuniæ credendæ*, n'exige-t-elle pas aussi impérieusement que ce même bénéfice puisse être demandé par toutes les autres cautions? Aucun principe de droit, que nous sachions, ne s'y oppose, et l'intérêt du crédit public est égal dans tous les cas. Mais comment expliquer, dit-on, le silence des textes? L'explication est facile, à notre sens. Le pacte de constitut intervenait assez rarement comme moyen de cautionner une dette, et il n'est pas étonnant que les jurisconsultes aient négligé d'accorder au débiteur, dans cette hypothèse, le bénéfice de cession d'actions. La même raison s'applique au cas de *sponsio* ou de *fidepromissio*; et de plus, ces deux institutions ont disparu d'assez bonne heure pour que les rédacteurs du Digeste et du Code aient volontairement omis de s'expliquer à leur égard.

A l'appui de notre opinion, nous pouvons ajouter que, toutes les fois qu'un bénéfice, créé en faveur d'une classe particulière de cautions, a présenté un caractère d'utilité générale, la jurisprudence n'a pas hésité à l'étendre aux autres classes. Ainsi le bénéfice de division, imaginé d'abord pour venir en aide aux *adpromissores*, appartient par la suite aux *mandatores pecuniæ credendæ* et aux constituants (L. 3, C., liv. IV, t. XVIII). Ainsi encore Justinien, après avoir accordé le bénéfice de discussion aux *fidejussores* et *mandatores* (Nov. IV), le déclare ensuite applicable à toutes

les cautions (Nov. CXXXVI). Si ces arguments d'analogie ne sont pas par eux-mêmes décisifs, ils viennent du moins confirmer la raison d'équité que nous invoquions tout à l'heure, et achever notre démonstration.

La seule difficulté que l'on pourrait être tenté de soulever, c'est que les *sponsores* et les *fidepromissores* avaient déjà certains bénéfices particuliers refusés aux fidéjusseurs. Ainsi la loi *Apuleia* établissait entre eux une sorte de société : Si l'un avait payé la totalité de la dette, ou même plus que sa part, il avait un recours contre les autres pour le surplus (Gaius, III, 122). Plus tard, les *sponsores* et *fidepromissores* furent encore protégés plus énergiquement par la loi *Furia*, qui, outre le droit de se dire libérés *ipso jure* par le laps de deux ans, leur accorda la division de la dette de plein droit entre tous ceux qui subsistaient au jour de l'échéance. Au contraire, chaque fidéjusseur, avant la création par Adrien du bénéfice de division, ne pouvait se refuser à payer le tout au créancier, et, ce paiement total opéré, n'aurait en principe aucun recours contre ses cofidéjusseurs. Dès lors, peut-on dire, si les fidéjusseurs ne jouissaient pas des avantages accordés aux deux premières catégories d'*adpromissores*, il est bien probable que par réciprocité, ceux-ci n'avaient aucun droit à la cession d'actions. Mais c'est là une objection sans portée, comme il est facile de s'en convaincre. Que le bénéfice de cession d'actions présentât une utilité plus sérieuse pour les

fidéjusseurs que pour les *sponsores* et *fidepromissores*, nous n'en disconvierons pas ; mais que cette utilité fût nulle à l'égard de ces derniers, c'est ce que nous ne pouvons admettre. Le recours du *sponsor* ou du *fidepromissor* contre le débiteur principal est la plupart du temps beaucoup mieux garanti par la cession d'actions que par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* qu'il a de son propre chef. L'espèce de compensation que l'on voudrait établir entre les deux bénéfices des lois *Apuleia* et *Furia* et celui de la cession d'actions n'a donc pas sa raison d'être. Le principe d'équité qui domine toute cette matière a dû conduire les jurisconsultes à étendre à toutes les formes de cautionnement le bénéfice de cession d'actions.

Nous n'en avons pas terminé avec les cautions. Toutes, avons-nous dit, peuvent exercer ce bénéfice. Mais contre quelles personnes pourront-elles l'exercer ? Voilà ce qu'il nous faut à présent nous demander. Selon nous, la cession d'actions peut être opposée par la caution au débiteur principal, au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué et aux autres cautions qui ont garanti la dette.

Dans les deux premiers cas, la solution ne souffre aucune difficulté. Contre le débiteur principal d'abord, il va de soi que la caution puisse invoquer le bénéfice de cession d'actions. Ce débiteur en effet ne peut se refuser à payer sa propre dette. Il devait rembourser les avances de la caution agissant par l'action *mandati*

ou *negotiorum gestorum*, il doit également les rembourser si elle agit par l'action même du créancier.

De même encore et sans conteste, la cession d'actions peut être invoquée par la caution contre un tiers détenteur d'immeubles hypothéqués au paiement de la dette.

Cela résulte, de la manière la plus précise, de la loi 14, C., *De fidejussoribus*. Toutefois ce ne fût que jusqu'à Justinien que la caution put opposer ce bénéfice au tiers détenteur. En effet, après la création du bénéfice de discussion, le tiers détenteur, pourvu qu'il ne fût pas tenu personnellement, eut le droit de renvoyer la caution, avant toute poursuite, à discuter les biens du débiteur principal.

Mais la question de savoir si la caution peut se prévaloir de la cession d'actions contre ses cocautions est beaucoup plus délicate. Des auteurs d'un grand mérite, parmi lesquels M. de Savigny, refusent ce droit à la caution, et ils invoquent à l'appui de leur opinion des arguments de texte et des arguments de doctrine.

Parcourons d'abord les textes, qui sont toujours d'une importance primordiale dans les discussions de droit romain, nous passerons ensuite aux considérations théoriques.

Tout d'abord, nous ne sommes que médiocrement touché de l'argument tiré du § 122, *in fine* du commentaire III de Gaius et du § 4. *De fidejussoribus*, aux Institutes de Justinien (liv. III, t. XX). Gaius et Justinien

se bornent à poser l'ancien principe suivant lequel le fidéjusseur peut être poursuivi pour le tout par le créancier, sauf l'exception tirée du bénéfice de division, mais ni l'un ni l'autre ne s'occupe du recours indirect qui peut lui compéter contre ses cofidéjusseurs au moyen de la cession d'actions.

On nous oppose encore les lois 39 D. et 11, C., *De fidejussoribus*, qui commencent également par rappeler ce même ancien principe, que nous sommes loin de contester. Mais la suite de la loi 39 est toute en notre faveur : « Si le fidéjusseur poursuivi a payé le tout, dit le jurisconsulte, *nec ei cessæ sint actiones*, l'autre fidéjusseur est complètement libéré. » Donc, pouvons-nous dire *a contrario*, ce dernier restera tenu *si cessæ sint actiones*. De même pour la loi 11 : « Vous avez pu valablement, dit le texte, en désintéressant le créancier (qui dans l'espèce, est le fisc), exiger la cession d'actions ; en ce cas, *cessis actionibus uti poteris*. » Ces dernières expressions sont générales, et s'appliquent aussi bien au recours contre les cofidéjusseurs qu'à celui contre le débiteur principal.

Ainsi, les textes qu'on invoque dans l'opinion que nous combattons sont, ou étrangers à la question pendante, ou favorables à notre opinion. A notre tour, nous mettons en avant les fragments qui suivent.

C'est d'abord la loi 36, *De fidejussoribus* que nous avons transcrite dans le précédent chapitre. Le jurisconsulte Paul suppose plusieurs fidéjusseurs. L'un

payé, et requiert la cession d'actions. On pourrait croire, ajoute le texte, que les actions sont éteintes, parce que le créancier a touché son dû : « *et perceptione omnes liberati sunt ; sed non ita est.... et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones.* »

Le rapprochement des mots que nous mettons en italique montre bien qu'à la suite de la cession d'actions les autres fidéjusseurs ne sont pas libérés, et que par conséquent ils demeurent tenus envers le *solvens*.

C'est ensuite la loi 17, D., *eodem titulo* : « Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina. » Ce texte nous semble formel.

Ajoutons pour terminer un texte de Modestin, qui reconnaît au *mandator solvens* le droit de recourir, par la cession d'actions contre ses *comandatores* : « Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri cœperit, posse eum desiderare ut adversus eos qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur » (L. 41, § 1, D., *eodem titulo*.)

Il n'y a aucune raison pour faire à ce point de vue une différence entre le *mandator pecuniæ credendæ* et le fidéjusseur. Tous deux sont dans une situation identique, laquelle est réglée au même titre du Digeste.

Passons maintenant à la discussion rationnelle de la controverse.

Les partisans de la première opinion se fondent sur

des considérations théoriques d'une grande force : Où trouver, disent-ils, la raison juridique du recours que l'on prétend exister entre cofidéjusseurs? Les différentes cautions qui viennent garantir une même dette ne se connaissent même pas; et, se connussent-elles, le cautionnement ne fait naître en elles aucun rapport de droit. Sans doute chacun de ces débiteurs accessoires, en s'engageant pour le tout, entend venir en aide au débiteur principal; mais il n'a pas la moindre prétention de rendre service à ses cocautions. Le contrat passé par l'un d'eux avec le créancier est manifestement pour les autres *res inter alios acta*; les jurisconsultes romains n'ont pas eu de peine à proclamer cette vérité élémentaire. Donc aucune action de mandat ou de gestion d'affaires n'intervient entre cocautions. Toute possibilité de recours, dans le cercle de leurs rapports respectifs, est et demeure imaginaire; et la cession d'actions, utile au fidéjusseur contre le débiteur principal ou contre le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, reste sans efficacité contre ses cofidéjusseurs. Et l'on ajoute que cette manière de voir n'est pas contredite par l'équité, sur laquelle est fondée la cession d'actions; car l'équité ne commande de protéger le fidéjusseur que dans la mesure du recours qu'il a, de son propre chef, contre les personnes auxquelles il a voulu rendre un bon office.

Il nous semble qu'il y a quelque témérité à soutenir que l'équité n'a rien à voir dans la question du recours

entre fidéjusseurs. Nous admettons sans difficulté que la doctrine inflexible, qui dénie à celui qui a payé toute espèce d'action, a prévalu dans les premiers temps de la jurisprudence romaine. Mais cette doctrine n'a-t-elle pas cédé devant les nécessités de la pratique et l'intérêt supérieur du crédit? N'a-t-elle pas été entamée par la réforme prétorienne, qui, partout où l'équité l'exige, réagit contre la rigueur des anciens principes? On avance que l'équité n'est pas intéressée à ce recours entre cofidéjusseurs? Mais celui qui paye la dette entière ne va-t-il pas libérer les autres? En remboursant le créancier, il fait leur affaire, sans le vouloir peut-être; mais enfin il leur rend service; et comme il n'agit pas *animo donandi*, l'équité trouve fort bien son compte à ce qu'il puisse recourir contre eux. Qu'on ne lui accorde pas l'action *negotiorum gestorum*, parce que l'intention qui fait le *negotiorum gestor* lui fait défaut, nous le voulons bien; mais pourquoi ne lui aurait-on pas donné une action *negotiorum gestorum utilis*? Il ne faut pas oublier que nous sommes ici dans le pur domaine de l'équité, et l'équité, nous le répétons, est, favorable à ce recours. Sans doute nous n'avons pas de texte précis qui reconnaisse au fidéjusseur une action utile contre ses cofidéjusseurs; mais les jurisconsultes nous fournissent cependant des indications précieuses, qui confirment l'exactitude de notre point de vue. On peut invoquer en ce sens deux ordres d'arguments :

1° Lorsqu'il existe plusieurs tuteurs obligés envers un même pupille, on ne peut considérer ces tuteurs comme mandataires les uns des autres, ni comme ayant eu l'intention d'être réciproquement gérants d'affaires les uns à l'égard des autres. Et cependant la loi 30, D., *De negot. gest.*, liv. III, t. V, qui est du jurisconsulte Julien, donne à ces cotuteurs entre eux une action *negotiorum gestorum*. L'exemple est frappant ; car dans un autre passage, Papinien établit précisément au point de vue de la cession d'actions, une comparaison très juste entre les tuteurs et les *mandatores pecuniæ credendæ*. Or nous avons vu tout à l'heure qu'un texte formel accorde aux *mandatores* le bénéfice de cession d'actions (L. 95, § 10, *De solut.*, L. 41, § 1, *De fid.*).

2° Mais un argument plus direct et plus caractéristique nous est fourni par l'innovation d'Adrien, qui crée au profit des fidéjusseurs le bénéfice de division. Déjà nous avons constaté que la loi *Furia* établissait une division *ipso jure* de la dette entre *sponsores* et *fidepromissores* existant au jour de l'échéance. Loin de nous la pensée d'assimiler ou de confondre le bénéfice de la loi *Furia* avec celui d'Adrien. Mais il serait bien singulier qu'à deux reprises différentes on eût permis à la caution, qui en somme s'est engagée à payer le tout, d'invoquer la division de la dette contre le créancier, s'il n'y avait aucun rapport de droit entre elle et ses cocautions. Cette institution du bénéfice de division ne peut donc s'expliquer que par une

idée de quasi-gestion d'affaires ; et cette idée s'affirme surtout, lorsque le fidéjusseur, négligeant de demander la division de la dette, préfère payer le tout : il est évident qu'alors il rend service à ses cofidéjusseurs, et qu'il doit jouir tout au moins d'une action *negotiorum gestorum utilis*.

Du reste, et pour conclure, quel que soit le parti qu'on prenne sur l'existence effective de ce recours entre cofidéjusseurs, et lors même que les jurisconsultes romains, imbus des principes du droit strict, auraient refusé de l'admettre, nous n'en persistons pas moins dans notre opinion.

Le bénéfice de cession d'actions a pour but de faire triompher l'équité contre la rigueur du droit civil ; et, à supposer que le fidéjusseur *solvens* fût par lui-même désarmé contre ses cofidéjusseurs, il va pouvoir désormais, grâce à la cession d'actions qui implique une vente fictive de la créance, se prévaloir contre eux des droits de l'ancien créancier.

II. CODÉBITEURS SOLIDAIRES

La question que nous avons à résoudre se pose ainsi : le codébiteur solidaire qui paye le créancier a-t-il droit à la cession d'actions pour recourir contre ses codébiteurs ?

On sait que le droit romain distingue entre la corréalité proprement dite et la simple solidarité. Ces deux modalités de la dette ont ceci de commun que chacun des codébiteurs est tenu pour le tout, et que le paiement fait par un seul libère tous les autres. Mais elles diffèrent en ce que, dans la corréalité, on pousse jusqu'à l'exagération ce principe qu'il y a unité d'objet, en sorte que la *litis contestatio* produit un effet extinctif à l'égard de tous. C'est là pour le créancier un désavantage que ne présente pas la solidarité. En effet, dans l'obligation solidaire, la règle de *l'unum debitum* s'entend d'une manière moins rigoureuse et plus équitable, et la *litis contestatio* de l'un des débiteurs ne libère pas les autres. Cette différence vient probablement de ce qu'à l'origine, la corréalité ne pouvait pas avoir lieu en dehors de la stipulation, contrat de droit strict. Des auteurs pensent même encore aujourd'hui que la corréalité n'a jamais été applicable aux contrats de bonne foi. On n'attend pas de nous que nous discussions ici cette question ; bornons-nous à dire que nous adoptons l'opinion de ceux pour qui la corréalité limitée d'abord à la stipulation, à l'*expensilatio* et au legs *per damnationem*, devient ensuite possible dans tous les autres contrats. Du moment que la jurisprudence finit par valider les pactes adjoints *in continenti* à un contrat quelconque, cette extension devait naturellement se produire. (*Sic*, Accarias, t. II, p. 329 et suiv. avec les notes ; — *secus* Demangeat, *Oblig. solidaires*).

De là, au point de vue de leur étendue d'application, la distinction suivante entre la corréalité et la solidarité.

La corréalité peut résulter d'un contrat quelconque, pourvu que le consentement des parties soit certain. Quant à la simple solidarité, elle peut aussi résulter d'un contrat : ainsi par exemple les *mandatores pecuniarum credendarum* sont codébiteurs solidaires les uns à l'égard des autres. Il est même probable que, du moins pour un contrat de bonne foi, c'est la solidarité qu'on présume et non pas la corréalité (un contrat de droit strict emporterait plutôt la présomption contraire). Mais, d'après les textes, la solidarité se rencontre en outre dans deux sortes d'hypothèses : 1° lorsque plusieurs tuteurs sont obligés envers le même pupille (L. 18, § 1, D., *De admin. et peric. tutor*, ou lorsque plusieurs magistrats municipaux sont chargés d'administrer les finances d'une même cité (L. 11, pr., D., *ad munic.*, liv. L, t. I); 2° lorsqu'un même délit a été commis par plusieurs personnes (L. 14, § 15, D., *Quod met. caus.*, liv. IV, t. II).

Ces quelques notions générales vont faciliter la solution de la question qui nous préoccupe. Pour plus de clarté dans l'exposition, nous l'examinerons d'abord à l'égard des simples codébiteurs solidaires, nous passerons ensuite au cas beaucoup plus difficile où il y a corréalité proprement dite.

A. *Simple solidarité.* — Les jurisconsultes s'accor-

dent à reconnaître aux simples codébiteurs solidaires le droit d'exiger du créancier la cession d'actions. La *solidarité* ne constitue pas une matière étroite et *stricti juris* comme la corréalité; elle comporte plus facilement l'application du principe d'équité, qui est la base de la cession d'actions. A ce point de vue, le codébiteur solidaire est assimilable à la caution; il suffit que le paiement qu'il opère entraîne la libération de ses cointéressés et puisse être considéré comme un service rendu, pour qu'on obéisse à la règle d'équité, qui veut qu'un recours lui soit donné contre eux. En conséquence il pourra, soit demander la division de la dette entre lui et ses codébiteurs solidaires, soit recourir, s'il y voit plus d'avantage au bénéfice de cession d'actions (L. 4 D., *De his qui eff.*, liv. IX, t. III; L. 45, D., *De admin. et peric. tut.*, liv. XXVI, t. VII; L. 1, §§ 10, 14, *De tit. et rat.*, liv. XXVII, t. III).

Cette règle générale souffre une exception. D'après la loi 1, § 14, que nous venons de citer en dernier lieu, toute action en recours est refusée au débiteur qui a payé la dette entière, lorsque la solidarité résulte d'un dol commis par lui et par ses codébiteurs.

La raison que donne le jurisconsulte est que le délit dont il subit la peine le rend indigne de l'indulgence de la loi : « *neque enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni et malefici est.* » On pourrait répondre peut-être que le choix arbitraire de l'un quelconque des codébiteurs par le créancier ne doit pas

être une cause d'impunité pour les autres. Quoi qu'il en soit, le texte est formel.

Sa disposition, spécialement relative au dol commis par un cotuteur, demande même à être généralisée à tous les cas où il y a dol entre codébiteurs solidaires, car le motif qui la détermine conserve sa force dans toute autre hypothèse de ce genre.

Mais là s'arrête la portée de l'exception. Si par exemple la solidarité prend naissance dans la faute des coobligés, et non plus dans leur dol, la règle générale reprend son empire, et la cession d'actions est possible. Ainsi plusieurs locataires se sont, par leur négligence, laissé voler la chose louée; ou bien, d'un appartement habité par plusieurs personnes, un objet quelconque est tombé sur la voie publique, et a causé un dommage à quelqu'un qui passait : dans ces cas ou autres semblables, celui qui a payé jouit d'un recours contre les autres (L. 5, § 15, D. *Commod.*; liv. XIII, t. VI, L. 4, D., *De his qui eff.*, liv. IX, t. III).

B. *Corréalité proprement dite.* — Voici, d'abord sauf à l'expliquer ensuite, la distinction admise par les jurisconsultes romains, relativement à la possibilité, pour celui des débiteurs corréaux qui a acquitté le montant intégral de la dette, d'obtenir le bénéfice de cession d'actions. La règle est que la cession d'actions pourra avoir lieu s'il y a société, ou tout au moins communauté d'intérêts entre les différents codébiteurs; mais qu'en sens inverse on la refusera au débiteur

corréal qui ne pourra pas prouver l'existence de cette société.

Cette distinction, que nous croyons pouvoir justifier à tous les points de vue, est repoussée par un certain nombre d'interprètes. Dans tous les cas, suivant eux, qu'il y ait eu ou non communauté d'intérêts entre les *correi debendi*, le recours de celui qui a payé contre les autres a fini par s'imposer dans la jurisprudence. En effet, dit-on, les *correi non socii*, sont aussi dignes d'intérêt que les simples codébiteurs solidaires. Aux uns comme aux autres les principes du pur droit civil dénie toute possibilité de recours ; c'est l'équité seule qui leur vient en aide, et l'on ne comprendrait pas que, laissant de côté les débiteurs corréaux *non socii*, elle eût restreint sa protection aux seuls codébiteurs solidaires.

L'argument est pressant, mais il ne nous paraît pas irréfutable. D'abord, il se peut bien que, dans l'hypothèse d'une corréalité sans société, l'éventualité d'un recours soit de tout point inadmissible. Considérons par exemple l'espèce proposée par M. Accarias (*loc. cit.*, p. 329) : Une personne est en compte avec deux banquiers. A une époque donnée, elle a besoin d'une somme de cent sous d'or ; et, pour être plus sûre de la toucher, elle la stipule de l'un et de l'autre : mais ils ne s'associent pas ; il est entendu que celui qui aura payé la somme la portera au débit du créancier. Il est certain que dans cette hypothèse il ne peut être ques-

tion de recours entre les deux banquiers. On objectera peut-être que des cas de ce genre seront assez rares en pratique ; c'est aussi notre avis. Le bon sens indique que, dans l'immense majorité des cas, la corréalité n'ira pas sans quelque société ou communauté d'intérêts entre les *correi*.

Mais il ne faut pas oublier que les règles de la corréalité sont exceptionnelles, et partant *strictissimæ interpretationis* ; c'est au *correus* qui invoquera l'action récursoire à prouver l'existence d'une société entre lui et les autres. Y parvient-il, le recours lui sera accordé, et il pourra exiger du créancier la cession d'actions. Au cas contraire, il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même de l'insuffisance de ses moyens de preuve.

Comprise de la sorte, la distinction entre les *correi socii* et les *correi non socii* n'est nullement contradictoire avec le principe d'équité qui domine la théorie de la cession d'actions. Du reste, cette distinction entre les deux espèces de corréalité est bien établie par les textes ; et les conséquences qu'elle entraîne deviendraient inintelligibles, dans l'opinion de ceux qui croient à la possibilité du recours dans tous les cas.

Mais c'est surtout sur le terrain des textes que cette dernière opinion se soutient difficilement. Elle est obligée de torturer le sens d'une loi formelle en notre faveur, pour en atténuer la portée, et les autres fragments qu'elle indique sont loin d'avoir un caractère décisif. Notre doctrine s'appuie en effet sur la loi 62,

pr., *Ad legem Falcidiam* (D., liv. XXXV, t. II). Quand un des *correi stipulandi* ou *promittendi* meurt, laissant des legs, et qu'il s'agit d'appliquer la loi *Falcidia*, on se demande si la créance corréale doit être comptée dans l'actif du défunt, ou si la dette corréale doit être déduite de son passif. « In lege Falcidia hoc esse servandum Julianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint, in ea re inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promisissent : quod si societas inter eos nulla fuisset, inpendenti esse, in utriusque bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cujus bonis distrahi. » La loi décide que, s'il y a société, l'hérédité est réputée créancière ou débitrice pour moitié. S'il n'y a pas société, la question est pour le moment indécise ; car celui-là sera regardé comme ayant été seul créancier ou seul débiteur, qui aura reçu ou fait le payement.

Il ressort bien évidemment de cette décision que, s'il n'y a pas société, le débiteur qui paye la dette entière en subit exclusivement la charge, et ne pourra recourir contre les autres *correi*. Or, comment nos adversaires tentent-ils de se débarrasser de ce texte ? Les uns disent : Il est attribué par Ulpien à Julien, et tout porte à croire qu'à l'époque où vivait ce dernier jurisconsulte, le bénéfice de cession d'actions n'avait pas encore été accordé au *correus promittendi*. Mais, comme le fait parfaitement remarquer M. Accarias, n'est-il pas

présumable au contraire que, par un procédé familier aux jurisconsultes romains, Ulpien s'approprie la décision de Julien, par cela même qu'il ne la critique pas ? Les autres, s'attaquant au texte même d'Ulpien, donnent à ces mots *in pendentibus* un sens tout particulier, que nous ne pouvons admettre. Ce qui est en suspens, d'après ces auteurs, ce n'est pas de savoir lequel des deux débiteurs corréaux devra supporter le fardeau total de la dette, par suite de l'inexistence du recours ; c'est de savoir si celui qui a payé le tout ne négligera pas d'invoquer ce recours, qu'on affirme lui appartenir. Cette explication ne supporte pas l'examen sérieux du texte d'Ulpien, et l'argument que nous en tirons, reste tout entier.

On nous oppose en outre deux autres textes, la loi 65, *De evictionibus* (D., liv. XXI, t. II), et la loi 2, *De duobus reis*. Nous allons les analyser rapidement, en réfutant les arguments qu'en tirent nos adversaires.

La loi 65, *De evictionibus* suppose que deux héritiers ont vendu conjointement un bien héréditaire hypothéqué, et par stipulation se sont portés garants de l'éviction. L'un d'eux paye jusqu'à concurrence de sa part ; puis le créancier évince l'acheteur.

On se demande si l'action *ex stipulatu* peut être exercée contre les deux héritiers, et spécialement contre celui qui a cessé d'être tenu. Papinien admet l'affirmative ; car, dit-il, l'hypothèque, à cause de son indivisibilité, a continué de grever la chose pour le tout.

D'où il suit que l'acheteur, évincé pour le tout, exerce également pour le tout son action en garantie contre les deux héritiers.

Le texte ajoute que celui qui a payé ne peut pas même se faire céder les actions par le créancier au moyen de l'exception de dol, parce qu'il n'y a pas dans l'hypothèse, obligation corréale.

On en tire cette conséquence que, s'il s'agissait de deux débiteurs corréaux, la cession d'actions pourrait être exigée. Nous ne nierons certainement pas cette conséquence; mais si la cession d'actions est possible dans ce cas, c'est qu'entre covendeurs la corréalité ne peut aller sans société. Il ne faut pas donner au texte une portée générale que rien ne fait supposer.

Passons à la loi 2, *De duobus reis*, au Code.

Ce texte suppose deux *correi* qui se sont engagés envers un même créancier.

Si l'un d'eux a payé sans avoir exigé du créancier la cession d'actions, les empereurs Dioclétien et Maximien autorisent le *rector provinciæ* à accorder à ce débiteur un recours contre son *correus*. Ce recours, dit-on, ne peut être fondé que sur une cession d'actions sous-entendue, ce qui prouve que le créancier n'aurait pu la refuser, si le débiteur la lui avait demandée avant de le payer.

Cette conséquence est encore parfaitement exacte, mais elle ne prouve rien dans la question qui nous occupe. En effet, le texte porte : « « *rector provinciæ*

juvare te adversus eum cum quo *communiter* mutuum pecuniam accepisti non cunctabitur. » Les deux *correi* ont emprunté *communiter*, c'est-à-dire dans un intérêt commun ; il y avait donc entre eux une sorte de société. Il est vrai que les partisans de l'opinion que nous combattons attribuent un tout autre sens au mot *communiter*, et nous ne pouvons mieux faire que de citer le passage d'un de ses interprètes les plus autorisés : « Le mot *communiter*, dit M. Demangeat, n'implique point nécessairement l'idée d'une société ou d'une indivision ; il peut très bien se référer tout simplement au fait que deux personnes à la fois ont le rôle d'emprunteurs. » Sans doute, répondrons-nous ; mais ce n'est pas forcer le sens de ce mot que d'y voir l'expression d'une véritable communauté d'intérêts. Nous trouvons, en effet, cet adverbe employé par les meilleurs auteurs pour désigner l'état d'indivision. Et le même auteur que nous citons ajoute : « D'ailleurs, s'il y avait eu société, si l'emprunt avait été fait à l'occasion d'une chose indivise entre les deux emprunteurs, celui qui a remboursé le tout au créancier n'aurait pas eu de doute, et n'aurait pas pris la peine de consulter les empereurs sur l'existence à son profit de l'action *pro socio* ou de l'action *communi dividundo*. » Rien de plus vrai, dirons-nous encore, mais un simple intérêt commun ne donne naissance ni à l'action *pro socio*, ni à l'action *communi dividundo*. La question se pose alors de savoir si une action en recours peut être

accordée ; le droit strict la refuse, tandis que l'équité y est favorable : dans le doute, les parties s'adressent aux empereurs pour trancher la difficulté (Demangeat, *Oblig. solid.*, p. 265 et 266).

Ainsi les textes prouvent surabondamment que les jurisconsultes romains distinguaient avec soin si la corréalité était accompagnée ou non d'une société, pour reconnaître dans le premier cas, et refuser d'admettre dans le second, l'existence d'un recours, et par suite la possibilité d'une cession d'actions, au profit du *correus* qui avait payé le montant total de la dette au créancier.

Cette distinction se justifie facilement au point de vue rationnel, et elle n'est pas contraire au principe d'équité qui est la base de la cession d'actions, ainsi que nous l'avons vu ; notre démonstration est donc complète.

Nous n'avons parlé, dans les développements qui précèdent, que de la corréalité passive. La même distinction touchant l'existence ou la non existence d'une société, est admise sans contestation relativement à la corréalité active. Donc pas d'action en recours, si le *correus stipulandi* ne prouve pas qu'il y a eu société entre lui et les autres *correi*. Dans le cas contraire, le recours a lieu ; seulement, et c'est là une différence remarquable entre la corréalité active et la corréalité passive, ce recours ne peut s'exercer que par l'action *pro socio* et le *correus stipulandi* ne peut invoquer le bénéfice de cession d'actions.

III. TIERS DÉTENTEURS

L'hypothèque ne confère pas seulement au créancier hypothécaire un droit de préférence, elle lui donne encore un droit de suite, qui lui permet d'agir contre tout tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Pour échapper aux poursuites dirigées contre lui, ce tiers détenteur a le choix entre deux moyens : il peut, ou bien délaisser l'immeuble, ou bien payer le créancier qui le menace. Nous n'avons pas à nous occuper du premier cas, où il ne saurait être question du bénéfice de cession d'actions ; mais la seconde hypothèse est intéressante à étudier, pour savoir si le tiers détenteur qui paye ne peut pas exiger du créancier la cession de ses actions.

A cette question les textes répondent par une distinction. Non, le tiers détenteur ne pourra invoquer le bénéfice de cession d'actions, si, encore débiteur de son prix d'acquisition, il en paye le montant entre les mains du créancier hypothécaire. En ce cas, les jurisconsultes lui accordent un autre droit, qui a pour effet de le mettre au lieu et place du créancier désintéressé, et que l'on appelle la *successio in locum creditoris*. Mais, au contraire, le tiers détenteur pourra réclamer du créancier la cession d'actions, lorsque, s'étant déjà libéré de son prix d'acquisition, il se décide à payer au créancier, envers lequel il est obligé

propter rem, le montant de la dette hypothécaire. La position se rapproche alors de celle de la caution qui, comme lui, paye une dette qu'elle ne doit pas principalement, et c'est pourquoi il peut obtenir le bénéfice *cedendarum actionum*.

Ce bénéfice présente avec la *successio in locum* une analogie évidente; mais on ne voit pas bien tout d'abord quels sont entre ces deux institutions les points de différence. Pour les préciser, il importe de reprendre séparément chacune des deux hypothèses que nous venons de distinguer.

Premier cas. — Le tiers détenteur, déjà libéré de son prix d'acquisition, paye au créancier le montant de la dette hypothécaire, ou, si l'on veut, le tiers détenteur paye le créancier avec des deniers autres que ceux de son prix d'acquisition. C'est l'hypothèse où le tiers jouit du bénéfice de cession d'actions. Parmi les textes qui le lui accordent, nous pouvons citer à titre d'exemple, les lois suivantes :

L. 57, *De legatis*, D., liv. XXX.

L. 19, *Qui potiores in pignore*, liv. XX, t. IV, D.

L. 32, § 5, D., *De donat. int. vir. et uxor.*, liv. XXIV, t. I.

Arrêtons-nous un instant sur la première de ces lois.

Ulpien suppose que le testateur a légué une chose hypothéquée. Lequel devra dégrever la chose, de l'héritier ou du légataire? L'héritier, si le testateur a

connu l'existence de l'hypothèque ; le légataire, dans le cas inverse. Seulement, ajoute Ulpien, le légataire en payant pourra se faire céder les actions du créancier : « *poterit consequi ut actiones sibi exhiberentur.* » D'où nous sommes en droit de conclure que le bénéfice de cession d'actions appartient au tiers détenteur à titre gratuit, tout aussi bien qu'au tiers détenteur à titre onéreux. Du reste, la loi 32, § 5, citée plus haut, vient encore à l'appui de cette opinion.

Cette cession d'actions assure plus d'efficacité aux poursuites du tiers détenteur, dans le cas où le recours lui appartient déjà en vertu d'un droit propre. Mais elle lui est surtout utile, quand il n'a de son chef aucune action contre le débiteur principal.

Deuxième cas. — Le tiers détenteur verse entre les mains du créancier hypothécaire son prix d'acquisition. Plusieurs lois, au Digeste et au Code, donnent au tiers détenteur dans cette hypothèse, le droit de *successio in locum*. On peut consulter à cet égard les textes suivants :

L. 3, D., liv. XX, t. III ; *Quæ res pignori.*

L. 12, § 8, D., liv. XX, t. IV ; *Qui potiores.*

L. V, pr. D., liv. XX, t. V ; *De distractione pign.*

L. 3, C., liv. VIII, t. XIX ; *De his qui in prior.*

Ce n'est pas ici le lieu de traiter à fond cette matière difficile et controversée de la *successio in locum* ; nous nous bornerons à établir quelques notions indispensables, pour mettre en lumière les différences qui sé-

parent la *successio in locum* du bénéfice de cession d'actions. Ces différences résultent, soit de la nature de la *successio in locum*, soit de ses conditions d'exercice.

A. De graves controverses se sont élevées sur la nature de la *successio in locum*. Les uns, comme M. Humboldt (*De jure offerendi*, IV, 22), assimilent la *successio in locum* à une véritable cession de la créance hypothécaire. Mais cette doctrine est contredite par un texte formel. La loi 5 au Code, *De solut. et liberat.*, liv. VIII, t. XLIII, nous montre, en effet, qu'une cession de créance ne peut prendre naissance que dans une convention expresse.

D'autres auteurs rejetant cette explication, admettent bien que par le payement, la créance hypothécaire est éteinte ; mais ils soutiennent que par exception à la règle *accessorium sequitur principale*, l'hypothèque survit à l'extinction de la créance et vient se joindre à la créance nouvelle que le payement a fait naître au profit du tiers détenteur. Bien que cette seconde opinion soit généralement admise (Accarias, *Précis de droit romain*, 2^e édit., t. I, p. 669 et 670), nous ne pensons pas devoir l'adopter. Elle se heurte, comme la première du reste, au reproche de reposer sur une fiction, dont aucune trace ne se trouve dans les textes qui ont trait à cette matière. Toutes les fois, en effet, que les Romains ont eu recours à des fictions pour assurer le triomphe de l'équité contre les ri-

guez du droit civil, ils ont pris soin de le dire expressément.

La vérité se trouve pour nous dans une troisième doctrine, à laquelle MM. Jourdan (*L'hypothèque*, 1876), et Beauregard (*Thèse de doctorat*) ont prêté l'appui de leur talent. En voici tout d'abord le résumé :

Tout paiement a pour effet d'éteindre la créance dont il est l'objet, et en même temps l'hypothèque et autres sûretés qui garantissaient cette créance. A moins d'une fiction, ces sûretés ne peuvent revivre ; or, nous l'avons dit, les textes ne mentionnent pas de fiction dans la matière de la *successio in locum*. Mais si le tiers qui a payé est digne de faveur, si l'équité demande que l'on vienne à son secours, sans nuire cependant aux autres intéressés, ce tiers se fera concéder une nouvelle hypothèque, à laquelle on attachera le rang de l'ancienne ; et dans le cas où une nouvelle constitution d'hypothèque n'est pas nécessaire, le tiers prendra simplement le rang du créancier hypothécaire remboursé. Développons en quelques mots cette théorie.

Deux hypothèses sont à considérer.

1° Le tiers, qui paye le créancier, n'est pas un acheteur de l'immeuble hypothéqué. Il s'agit, par exemple, d'une personne à qui le débiteur a emprunté des fonds, sous la double condition que les deniers servissent à l'acquittement de la dette hypothécaire, et que le prêteur fût mis au lieu et place du créancier

payé. Rien de plus équitable, a-t-on dit, que cette sorte de subrogation se produise. Personne ne peut s'en plaindre : ni le créancier, puisqu'il est payé ; ni le débiteur, qui n'éprouve aucun préjudice ; ni les créanciers hypothécaires dont le rang est inférieur ; car, ou bien leur situation n'a pas changé, ou bien elle s'est améliorée, lorsque le paiement fait par un tiers a empêché la vente de l'immeuble dans des conditions désavantageuses. Cela posé, voici comment on raisonne : Il ne peut être question de ressusciter l'hypothèque éteinte par le paiement. Seulement le tiers va se faire consentir une nouvelle hypothèque ; et, pour que la protection qu'on lui accorde ne soit pas illusoire, il succédera au rang de l'ancien créancier hypothécaire : la nouvelle hypothèque prendra le rang de l'ancienne. Ainsi, création conventionnelle d'une nouvelle hypothèque, et attribution du rang de l'ancienne hypothèque à la nouvelle, tel est dans ce cas le mécanisme de la *successio in locum*.

Que si le tiers qui rembourse le premier créancier hypothécaire n'est pas un prêteur de deniers, mais un créancier inférieur en rang, il n'a pas besoin de se faire consentir une nouvelle hypothèque ; celle qu'il a de son chef lui suffit ; mais cette hypothèque montera au rang de celle que le paiement a éteinte. Il n'y aura pas, dans cette hypothèse, création d'une hypothèque nouvelle, mais seulement attribution d'un rang nouveau à l'ancienne hypothèque.

Cette théorie, toute d'équité, n'a rien de contraire aux principes ; et de plus, c'est ce qui nous reste à montrer, elle est conforme aux textes.

La loi 3, D. liv. XX, t. III, est ainsi conçue :

« Aristo Neratio Prisco scripsit, etsi ita contractum
« sit, ut antedens dimitteretur, non aliter in jus pi-
« gnori succedet nisi convenerit, ut sibi eadem res esset
« obligata : neque enim in jus primi succedere debet,
« qui ipse nihil convenit de pignore..... » Arrêtons-
nous là pour l'instant. Ainsi, d'après le jurisconsulte
Paul, bien que le créancier premier en date soit désin-
téressé, cependant le tiers payeur n'obtient la *successio*
in locum que si une nouvelle convention d'hypothèque
est intervenue : c'est la confirmation éclatante de notre
théorie. *Conveneri de pignore* ne veut donc pas dire
une cession d'hypothèque, mais une constitution
d'hypothèque nouvelle. On peut ajouter dans le même
sens les lois 12, § 5, D., liv. XX, t. IV, et 1, C., liv. VIII,
t. XIX.

Que signifie maintenant, dans la loi 3, cette phrase
que nous avons réservée : « *quo casu emptoris causa*
melior efficietur ? » En quoi la situation de l'acheteur,
tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, est-elle
préférable à celle de tout autre tiers ? C'est ce que nous
allons voir, en examinant la seconde hypothèse annon-
cée plus haut.

2° Le tiers qui paye le créancier est un acheteur de
l'immeuble hypothéqué. La supériorité de cet acheteur

sur tout autre tiers vient de ce qu'il n'a pas besoin de se faire consentir une nouvelle hypothèque, pour obtenir la *successio in locum* ; son droit de propriété (nous supposons, condition essentielle, que le vendeur l'a rendu propriétaire) suffit à cet effet. Il prendra la place du créancier désintéressé, en ce sens que seul il profitera de l'extinction de l'hypothèque. Quant aux créanciers hypothécaires inférieurs en rang, la première hypothèque continuera à subsister à leur égard. Ainsi le second créancier ne pourra agir en délaissement contre l'acheteur ; celui-ci le repousserait par une exception tirée de ce que son prix de vente a servi à désintéresser le créancier *antecedens*. Mais il aura le droit, ainsi que les autres créanciers postérieurs, d'exercer le *jus offerendæ pecuniæ* ; et il obtiendra ainsi le premier rang, à la condition de désintéresser complètement l'acheteur : « emptori poterit offerri quod ad
« alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usuræ
« medii temporis. » (L. 3, D., liv. XX, t. V).

Remarquons que cette hypothèse de l'acheteur qui emploie son prix de vente à désintéresser le premier créancier hypothécaire est précisément celle dans laquelle nous nous sommes placé.

Nous venons de constater que la nature de la *successio in locum* n'est pas la même que celle de la cession d'actions. De là, entre ces deux bénéfices, une différence remarquable dans les rapports de l'acheteur avec le vendeur. L'acheteur a-t-il payé le créancier hypothé-

caire avec des deniers autres que ceux de son prix d'acquisition, le bénéfice de cession d'actions qu'il obtient lui assure contre son vendeur un recours efficace. Au contraire, l'acheteur a-t-il désintéressé le créancier avec son prix d'acquisition, la *successio in locum* n'ajoute rien à l'action en garantie qu'il a contre son vendeur.

Prenant en effet la place du premier créancier hypothécaire à l'égard des autres créanciers, il est toujours sûr, au cas de vente de l'immeuble, de rentrer dans ses débours : l'action en garantie ne lui est plus d'une grande utilité.

B. Cette différence n'est pas la seule entre nos deux institutions ; d'autres sont relatives aux conditions de leur exercice. Mais nous pensons qu'elles seront mieux comprises, lorsque nous aurons étudié en détail les conditions d'exercice du bénéfice de cession d'actions. Cette étude va être l'objet du chapitre suivant. Du reste, ce que nous venons de dire, suffit déjà à révéler l'importance de ces deux théories, profondément distinctes, malgré leur analogie apparente ; importance qui grandit encore, si l'on songe que c'est à la combinaison de leurs règles respectives que nous devons la théorie actuelle de la subrogation (Code civil, articles 1250-1252).

CHAPITRE III

FORMES ET CONDITIONS DU BÉNÉFICE DE CESSIION D'ACTIONS

Nous avons indiqué la fiction imaginée par les Romains pour permettre la cession des actions. On supposait que les actions étaient vendues au *solvens* par le créancier. Sans cette fiction, la cession n'aurait pu s'opérer, car les actions éteintes par le paiement n'auraient pu être cédées. Il y avait cependant une classe d'*adpromissores* qui échappaient à cette règle et à qui la fiction imaginée par les jurisconsultes était inutile : nous voulons parler des *mandatores pecuniæ credendæ*. En effet, quand le *mandator* a payé le créancier, il n'a éteint que sa dette personnelle : l'obligation du débiteur envers lui subsiste, et par conséquent il pourrait encore le poursuivre sans qu'il fût nécessaire d'avoir recours à la fiction.

Cette exception signalée, voyons maintenant comment s'opérait la cession d'actions.

Elle se faisait au moyen d'une *procuratio in rem suam*. C'était un mandat par lequel le créancier chargeait le

solvens d'intenter les actions qui lui appartenaient, en le dispensant de lui en rendre compte.

Ce mandat était impossible sous le système des actions de la loi, car le principe était alors qu'une personne ne pouvait agir en justice pour une autre.

Ce ne fut que sous le système formulaire que l'on commença à pouvoir agir pour autrui, et alors la *procuratio in rem suam* devint possible.

L'utilité pratique de ce mandat vient de ce qu'en principe, d'après l'opinion généralement admise (*secus*, Gide, *Délégation et cession de créance*), les créances étaient absolument incessibles. Il fallait donc trouver un moyen de tourner la difficulté et on y arriva de la manière suivante : Le créancier, voulant mettre à sa place celui qui l'a payé, lui confie l'exercice de ses actions et lui en abandonne d'avance les résultats. Sans doute ce mandat ne transfère pas au mandataire la propriété de la créance, mais si ce dernier agit en justice, immédiatement après la *litis contestatio* le droit déduit en justice deviendra le sien, comme s'il lui avait toujours appartenu. Et comme le mandataire est dispensé de rendre compte au mandant, la cession de créance se trouve indirectement réalisée.

La *procuratio in rem suam* ne fut pas à l'origine applicable à toutes sortes de personnes. En effet, pour recevoir un tel mandat, il fallait être capable de figurer en justice; il en résultait que certaines personnes, telles que les femmes, les militaires et les infâmes, ne

pouvaient être constituées *mandatores in rem suam*. Mais de bonne heure on permit aux femmes et aux militaires d'agir en justice pour cause d'utilité (Paul, 1, 2, § 2; L. 8, § 2, *De proc.*, liv. III, t. III, D.). Quant aux infâmes, Justinien supprime formellement leur incapacité, et nous apprend en outre qu'elle était depuis longtemps tombée en désuétude (Just., *De except.*, § 11, liv. IV, t. XIII). Il est vrai qu'il en crée une nouvelle, celle des prêtres (Nov. 123 ch. 6); mais, à part cette exception, on peut dire que, dans le dernier état du droit, toute personne qui n'est pas frappée de l'incapacité générale de contracter peut devenir cessionnaire d'actions au moyen d'une *procuratio in rem suam*.

Nous n'avons pas à développer ici la théorie de la *procuratio in rem suam*. Bornons-nous à dire que les inconvénients que son mécanisme présentait au début pour le cessionnaire avaient été progressivement effacés, et que vers la fin du droit classique elle était arrivée à lui donner une sécurité aussi complète que possible.

Tout n'est pas dit sur les formes de la cession d'actions. Nous allons voir bientôt qu'elle n'a pas lieu de plein droit, et que le débiteur qui paye doit la requérir du créancier. Comment se fait cette réquisition? Quelles sont ses formes?

Telle est la question que nous avons encore à résoudre.

Cette réquisition pouvait s'exercer, soit à l'amiable, soit en justice.

Le fidéjusseur, gêné par la menace imminente de poursuites de la part du créancier pouvait aller le trouver et lui offrir le paiement intégral de la créance, en lui demandant de lui céder ses actions, pour qu'il pût les faire valoir contre le débiteur principal ou contre ses cofidéjusseurs. Si le créancier acceptait l'offre du fidéjusseur, les actions devaient être cédées, ou tout au moins la cession convenue, ce qui constituait la *procuratio in rem suam*.

A moins de paiement à l'amiable, la cession ne pouvait jamais être demandée directement au moyen d'une action. Le fidéjusseur attendait la poursuite du créancier, et alors, devant le prêteur, il offrait de payer la dette contre cession des actions. Si le créancier acceptait l'offre, il constituait le fidéjusseur *procurator in rem suam*, puis il recevait son paiement, et tout était terminé.

Nous nous sommes placé dans l'hypothèse la plus simple, celle où le créancier consent devant le prêteur à céder ses actions avant de recevoir le paiement. Mais qu'arrivera-t-il s'il refuse de céder les actions? Le prêteur examinera la valeur de son refus, et verra s'il est bien ou mal fondé. S'il reconnaît que c'est par mauvaise foi que le créancier ne veut pas céder ses actions, il lui refusera l'action contre le fidéjusseur.

Mais il peut se faire que le créancier refuse de faire

la cession sans qu'il y ait de sa part mauvaise foi, ou du moins sans qu'elle soit évidente. Dans ce cas, le prêteur délivrait une formule dans laquelle il insérait une exception, c'était souvent l'exception de dol, mais ce pouvait être l'exception *cedundarum actionum*, dans laquelle le fait était spécialement précisé.

Une fois la formule délivrée, les parties se transportent devant le juge. Celui-ci examine la prétention du créancier. S'il reconnaît que le refus de ce dernier était bien fondé, par exemple que le paiement qui pouvait paraître au premier abord suffisant ne l'était pas en réalité, il condamnera le fidéjusseur. Mais alors la cession d'actions semble impossible, puisque la *litis contestatio* a éteint les actions du créancier. On pouvait néanmoins y arriver au moyen d'une cession conditionnelle faite avant la délivrance de la formule, la condition consistant dans le paiement intégral des droits du demandeur, tels qu'ils seraient liquidés par le juge.

Si au contraire il paraît prouvé au juge que le créancier s'est rendu coupable d'un dol en refusant la cession, le juge pour le punir prononcera l'absolution du défendeur.

Nous venons de parler seulement du fidéjusseur, parce que c'est lui qui a le plus souvent l'occasion d'invoquer le bénéfice de cession d'actions. Mais ces formes de la réquisition sont applicables aux autres personnes qui peuvent réclamer ce bénéfice. Seule-

ment, s'il s'agit d'un contrat de bonne foi, l'exception n'aura pas besoin d'être insérée dans la formule. Toutefois, nous devons ajouter que le *mandator pecuniæ credendæ*, et le tuteur, lorsqu'il demande la cession des actions du pupille contre le débiteur principal, peuvent, dans le cas où ils ont payé sans user de l'exception de dol, obtenir cette cession au moyen de l'action *mandati contraria* ou de l'action *tutelæ*.

Ce sont deux exceptions à ce principe qu'on ne peut réclamer la cession par voie d'action (L. 95, § 10, *De solutione*).

Il faut maintenant examiner à quelles conditions la cession d'actions pouvait être obtenue du créancier.

Ces conditions étaient au nombre de trois. Le débiteur qui voulait obtenir la cession devait :

- 1° Requérir la cession d'actions ;
- 2° Offrir le paiement intégral de la créance.
- 3° Requérir la cession en temps utile.

I. RÉQUISITION DE LA CESSION D'ACTIONS

La cession d'actions devait être demandée par le *solvens* : elle ne s'opérait pas *ipso jure*, comme cela a lieu dans notre droit. Cette solution admise aujourd'hui par tout le monde était controversée dans l'ancien droit.

Dumoulin, notamment, prétendait qu'en droit romain la cession d'actions s'opérait de plein droit sans qu'on eût besoin de la requérir. Mais, d'après Pothier, cette opinion n'avait pas prévalu. D'ailleurs, nous trouvons cette réquisition de la cession exigée au moins implicitement dans tous les textes qui parlent de la cession d'actions.

Ainsi la loi 17, *De fidejussoribus*, nous dit : « Fidejussoribus succurri solet ut *compellatur* ei qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina. » De même, d'après la loi 39, *eodem titulo*, le fidéjusseur qui a payé ne peut recourir contre le débiteur principal ni contre son codéjusseur, *si les actions n'ont pas été cédées*. Enfin, nous trouvons au Code la même disposition : « Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, *desiderare*, ut jus pignoris quod fiscus habuit in te transferretur : et si hoc ita demum factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et privatis debitis observandum est. » (L. 11, *De fidej.*, liv. VIII, t. XLI, C.). Dans cette loi, l'empereur Alexandre commence par dire que le fidéjusseur qui a payé la totalité de la dette ne peut recourir contre son cofidéjusseur. Mais il peut demander que le fisc lui cède les droits qu'il avait. Il s'agit ici d'un cas particulier, de fidéjusseurs qui ont garanti une dette envers le Trésor public. Mais le texte nous dit

que cette disposition devait être étendue à toutes les dettes privées.

On peut ajouter encore, dans le même sens, les lois 76, D., *De solut.*, liv. XLVI, t. III, et 19, D., *Qui pot.*, liv. XX, t. IV.

Dumoulin s'appuyait principalement sur la loi 1, § 13, D., liv. XXVII, t. III. Ce texte donne au tuteur qui a négligé de requérir la cession d'actions une action utile contre son cotuteur. Donc, disait Dumoulin, en généralisant cette décision, la cession d'actions a fini par avoir lieu de plein droit. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de la loi 1, § 13, mais elle est le seul texte sur lequel Dumoulin ait pu fonder avec quelque apparence de raison sa doctrine.

Tous les autres fragments qu'il cite sont relatifs à la *successio in locum*. Et c'est ici le moment de dire que ces erreurs et ces doutes de nos anciens auteurs viennent de la confusion qu'ils ont faite entre cette *successio in locum* et le bénéfice de cession d'actions.

La *successio in locum* ayant lieu de plein droit, ils ont attribué le même effet à la cession d'actions. Par exemple, ils ont été portés à confondre les deux situations dans lesquelles peut se trouver le tiers détenteur qui, suivant une distinction faite plus haut, tantôt peut *succedere in locum creditoris*, tantôt peut recourir à la cession d'actions. Quoi qu'il en soit, l'opinion de Pothier finit par l'emporter, et il en reste encore une trace au Code civil, sous l'art. 875.

II. OFFRE DU PAYEMENT INTÉGRAL DE LA CRÉANCE

Le débiteur, pour se faire céder les actions, doit offrir le paiement intégral de la dette. Cela résulte de plusieurs textes que nous allons analyser successivement.

Prenons d'abord la loi 17, *De fidejussoribus*. « On a l'habitude, dit cette loi, de venir au secours du fidéjusseur, de telle sorte que le stipulant soit obligé de céder les créances qu'il a sur les autres fidéjusseurs, à celui qui est prêt à payer la totalité de la dette. »

Si ce texte était seul, on pourrait dire qu'il signifie simplement que le fidéjusseur n'est tenu de payer la totalité de la dette, que s'il veut se faire céder les actions *contre les autres fidéjusseurs*, de telle sorte que s'il voulait poursuivre un tiers détenteur, il ne serait pas forcé de payer le tout pour obtenir du créancier la cession de l'action hypothécaire seule. Mais d'autres textes prouvent bien que, dans tous les cas où la cession d'actions est demandée, le paiement doit être intégral. Nous trouvons, en effet, cette solution dans la loi 11, *De fidejussoribus*, au Code, que nous avons citée plus haut. D'après cette loi, il faut un paiement intégral pour la cession du droit de gage.

Il résulte de ce principe que le fidéjusseur ne peut obtenir à la fois le bénéfice de cession d'actions et le bénéfice de division; en effet, celui qui fait diviser une

dette entre lui et ses cofidéjusseurs ne paye jamais le tout, condition qui est absolument exigée pour l'obtention du bénéfice de cession d'actions. Mais il peut choisir entre les deux bénéfices, et opter pour celui qu'il croit devoir lui être le plus avantageux. Si le débiteur principal est insolvable, et que la dette soit garantie par une hypothèque suffisante pour la couvrir, le fidéjusseur opérera pour le bénéfice de cession d'actions; il aura, il est vrai, à faire l'avance du tout, avance qui peut être fort considérable, mais il sera sûr de recouvrer tout ce qu'il aura payé. Si au contraire il avait fait diviser la dette, son avance aurait été moindre, mais il aurait couru le risque de la voir perdue par suite de l'insolvabilité du débiteur.

Dans d'autres cas, le bénéfice de division sera plus avantageux. Supposons encore que le débiteur principal soit insolvable, mais que d'autre part il n'y ait ni gage ni hypothèque pour garantir la dette. Dans ce cas, le bénéfice de division lui permettra de perdre moins, puisque l'insolvabilité du débiteur sera supportée en commun par tous les fidéjusseurs. Le bénéfice de division lui sera encore bien plus avantageux, si on suppose que le débiteur principal est solvable; en effet, en opposant la division, le fidéjusseur ne supportera qu'une avance peu considérable qu'il sera sûr de recouvrer.

On pourrait se demander quels sont les motifs qui ont conduit les Romains à exiger un paiement intégral

de la créance pour que la cession d'actions fût possible. Pourquoi, par exemple, un paiement de la moitié ou des trois quarts de la dette ne permettrait-il pas au fidéjusseur de se faire céder les actions pour la moitié ou les trois quarts ? Pour expliquer cette règle, il faut considérer que les jurisconsultes romains, ont eu surtout en vue le cas où la dette est garantie par une hypothèque.

Supposons, par exemple, que dans ce cas, le créancier a reçu du fidéjusseur le paiement de la moitié de la dette, et qu'il lui a cédé son action hypothécaire pour moitié. Si cela était admis, voici à quelles conséquences on serait amené : le fidéjusseur serait venu en concours avec le créancier pour moitié dans l'action hypothécaire, ce qui aurait pu amener entre eux des conflits préjudiciables à tous les deux, et en particulier au créancier. En effet, la règle *nemo contra se subrogasse censetur* n'existait pas encore. Par cette règle, qui est établie dans notre Code civil (art. 1252), la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits pour tout ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

Il pouvait même se faire que le fidéjusseur eût à payer plus que la valeur de la dette qu'il avait garantie, pour obtenir la cession des actions du créancier. C'est ce que nous trouvons dans la loi 2, *De fidejussoribus*, au Code. « Creditori qui pro eodem debito, et pignora

« et fidejussorem accepit licet, si malit, fidejussorem
« convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit;
« quod cum, facit, debet jus pignorum in eum trans-
« ferre.

« Sed cum in alia quoque causa pignora vel hypo-
« thecas habet obligatas, non prius compellendus
« est transférer pignora, quam omne debitum exsol-
« vatur. » On suppose qu'un créancier a reçu à la fois
un fidéjusseur et des sûretés réelles; ces choses étaient
également hypothéquées pour une autre dette envers
le même créancier. On décide que le fidéjusseur ne
peut obtenir la cession, s'il n'offre de payer les deux
dettes, même celle qu'il n'a pas garantie.

Cette décision paraît bien dure pour le fidéjusseur.
On peut cependant la justifier. Lorsque plusieurs créan-
ciers avaient hypothèque sur une même chose, il y
avait un ordre à établir; le rang se déterminait, non
d'après la date des inscriptions, mais d'après la date
de la constitution d'hypothèque. Il n'y avait que le
premier créancier qui pût exercer l'action hypothé-
caire envers et contre tous. Les créanciers hypothé-
caires suivants ne pouvaient exercer cette action, ni
contre le premier créancier, ni contre ceux dont l'hy-
pothèque était plus ancienne que la leur. Le premier
créancier avait en outre le droit exclusivement réservé
à lui seul de vendre la chose hypothéquée, et de don-
ner par cette vente une sécurité absolue à l'acheteur;
si c'était un créancier subséquent qui avait vendu la

chose, l'acheteur pouvait être évincé par un créancier d'un rang préférable.

Cela posé, voyons ce qui arriverait si le fidéjusseur pouvait exiger la cession des actions en payant seulement la dette garantie par lui.

Supposons d'abord que cette dette ait le premier rang.

Il en résultera que le créancier, qui auparavant avait la chose en son pouvoir et pouvait la vendre quand il voulait, cessera d'avoir la priorité et tous les avantages qui y sont attachés. Il perdra ainsi la certitude d'être désintéressé entièrement ; par conséquent on ne peut le forcer à aggraver sa situation en cédant son action.

Supposons maintenant que la dette garantie n'avait que le deuxième rang.

L'inconvénient ne serait pas aussi grand dans ce cas ; mais il existerait pourtant, et la situation du créancier ne serait plus aussi bonne. En effet, par suite de la cession d'actions, il cesserait d'être seul ; il aurait en face de lui un autre créancier hypothécaire qui pourrait agir contre lui hypothécairement, et qu'il ne pourrait repousser qu'en suivant l'instance et en opposant une exception.

On doit donc admettre que, dans le cas qui nous occupe, le fidéjusseur ne pourra se faire céder les actions qu'en payant les deux dettes. Certes cette exigence est dure pour lui, mais en cette matière, c'est surtout l'intérêt du créancier qu'il faut considérer. Le fidéjusseur pourrait d'ailleurs, au lieu d'opposer la cession d'ac-

tions, demander la division entre lui et ses cofidėjus-seurs, si la cession lui paraissait trop onéreuse.

III. DU TEMPS PENDANT LEQUEL LA CESSIION D' ACTIONS PEUT ÊTRE DEMANDÉE

Jusqu'à quel moment la cession d'actions peut-elle être demandée ?

La solution n'est pas la même pour les diverses personnes qui pouvaient invoquer ce bénéfice. Nous allons d'abord parler des fidėjusseurs et des *correi promittendi*, qui sont régis par les mêmes règles quant au temps où la cession d'actions peut être obtenue ; nous verrons ensuite les règles qu'on peut appliquer en cette matière aux *mandatores pecuniæ credendæ* et aux débiteurs solidaires.

Avant tout, il faut d'abord faire remarquer que les actions sont considérées comme cédées, lorsque la cession a été convenue entre le débiteur et le créancier. C'est ce que nous apprend la loi 76, *De solutionibus* (liv. XLVI, t. III, D.). Dans cette loi, Modestin, après avoir refusé les actions demandées après le paiement, ajoute : « quod si ante solutionem hoc factum est, *vel cum convenisset ab mandarentur actiones*, « tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est. » La *procuratio in rem suam* est donc censée accomplie, dès qu'elle a été promise par le créancier.

Dans le cas où la cession d'actions avait lieu en justice, il faut d'abord indiquer ce qui se passait sous le droit classique ; nous verrons ensuite les modifications que Justinien apporta dans cette matière.

Sous l'empire du droit classique, et même sous le Bas-Empire jusqu'à Justinien, la *litis contestatio* entraînait extinction du droit déduit en justice ; ce droit était immédiatement remplacé par un autre ; il y avait novation. Il résulte de ce principe que la cession d'actions devait être demandée avant la *litis contestatio*.

Du reste, que la cession fût amiable ou judiciaire, il est encore de principe qu'elle ne peut plus se produire après le paiement. C'est ce que nous voyons dans la première partie de la loi 76, *De solutionibus*, dont nous venons de citer un extrait : « Modestinus respondit : « Si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa « tutelæ debebatur, actiones post aliquod intervallum « cessæsint ; nihil ex ea cessione actum, cum nulla actio « superfuerit. » La cession d'actions demandée après le paiement ne pourrait être effectuée, nous dit ce texte, puisque les actions n'existent plus : elles ont été éteintes par le fait même du paiement.

Il faut toutefois faire une exception à ce principe. Si l'on suppose que le créancier avait reçu en garantie de sa dette une hypothèque en même temps que des fidéjusseurs, l'action hypothécaire pourra encore être cédée après la condamnation du fidéjusseur. En effet, cette action hypothécaire n'a pas été éteinte par la

litis contestatio de l'action personnelle du créancier, puisque ce n'est pas le droit hypothécaire qui a été déduit en justice. Le créancier commettrait donc un dol en refusant de céder cette action : la cession sera obtenue dans ce cas par le fidéjusseur au moyen de l'exception de dol opposée à l'action *judicati*.

Justinien supprima l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Nous lisons en effet dans la loi 28, *De fidejussoribus*, au Code : « Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberatur, ita et in fidejussoribus observari ;..... generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari : vel ipsum reum fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori ; sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniæ persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium fieri non concedentes : sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales, et hypothecarias, donec per omnia ei satis fiat. » Justinien généralise une disposition qui existait déjà à l'égard des *mandatores pecuniæ credendæ*, à savoir que la poursuite dirigée par le créancier contre un *mandator* ne libérait pas les autres. A partir de cette loi, il ne suffit plus pour qu'un fidéjusseur soit libéré que le débiteur principal ou un

cofidéjusseur ait été poursuivi ; et à l'inverse, le débiteur n'est pas à l'abri des poursuites quand le créancier a dirigé son action contre un fidéjusseur. Le droit du créancier reste entier tant qu'il n'a pas été complètement désintéressé. Il peut donc passer successivement de l'un à l'autre.

Justinien donne la même solution à l'égard des *correi promittendi*.

Les créanciers sont ainsi absolument protégés. En effet, avant Justinien, si l'action avait été dirigée contre un insolvable, que ce fût le débiteur principal ou un fidéjusseur, le créancier ne pourrait rien obtenir, puisque la *litis contestatio* avait éteint son action, et qu'il ne pouvait plus se retourner contre les autres. Justinien a apporté à cet inconvénient un remède efficace en ôtant à la *litis contestatio* son effet extinctif.

Mandatores pecuniæ credendæ. — Pour les *mandatores*, il n'y a plus à distinguer entre l'époque classique et le droit de Justinien. En effet, nous venons de voir que ce prince n'a fait qu'étendre aux fidéjusseurs et aux *correi promittendi* des dispositions qui s'appliquaient déjà aux *mandatores*. Mais nous avons encore à faire la distinction entre le cas où la cession se fait à l'amiable entre le créancier et le *mandator*, et le cas où elle a lieu en justice sur la poursuite du créancier.

1^o *Cession amiable*. — L'époque où la cession d'actions peut s'accomplir n'est pas la même, suivant que

le *mandator pecuniæ credendæ* veut agir contre le débiteur principal ou contre ses *comandatores*.

S'il veut agir contre le débiteur principal, il peut obtenir du créancier la cession d'actions, même après avoir effectué le paiement entre ses mains. Cette solution résulte du texte suivant :

« Papinianus, lib. 3 quæstionum, ait, mandatorem
« debitoris solventem, ipso jure eum non liberare :
« propter mandatum enim suum solvit et suo nomine :
« ideoque mandatori actiones putat adversus eum
« reddi debere. » (L. 28, *Mandati*, liv. XVII, t. I, D.).

Nous voyons dans ce texte que le *mandator* qui a payé entre les mains du créancier n'a pas libéré le débiteur principal, car il a payé pour accomplir son mandat et en son propre nom ; par conséquent les actions existent encore, et peuvent lui être données par le créancier pour s'en servir contre le débiteur principal.

Il y a en effet dans le *mandatum pecuniæ credendæ* deux obligations bien distinctes. La première résulte du mandat : elle engage le *mandator* envers le créancier, car celui-ci n'aurait pas prêté sans le mandat qui lui a été donné. La seconde résulte de la stipulation qui est intervenue entre le débiteur et le créancier, le débiteur est tenu envers le créancier d'une *condictio certi*.

Rien n'empêchait donc l'une de ces obligations de survivre lorsque l'autre avait été éteinte. Dans notre

espèce, l'action *mandati*, par laquelle le créancier pouvait poursuivre le *mandator*, n'existe plus, puisque ce dernier a remboursé au créancier l'argent qu'il avait prêté au débiteur. Mais la *condictio certi*, dont le débiteur était tenu envers le créancier, subsiste, et par conséquent peut être cédée au *mandator*.

Si l'on décidait autrement sous le droit classique en cas de *fidejussio*, c'est parce que le créancier, bien qu'ayant plusieurs personnes pour garantir sa dette, ne pouvait les poursuivre que par une *condictio certi* ; or cette action, une fois déduite en justice, se trouvait éteinte par l'effet de la *litis contestatio*.

Le *mandator*, nous venons de le voir, peut obtenir du créancier qu'il lui cède ses actions, même après le paiement, quand il veut agir contre le débiteur principal. En sera-t-il de même lorsqu'il voudra faire valoir les actions du créancier, non plus contre le débiteur principal, mais contre ses *comandatores* ? Ici on doit donner une solution différente : la cession d'actions ne peut plus s'effectuer, une fois le paiement fait par le *mandator*. En effet, tandis que le débiteur principal n'est pas libéré par suite du paiement que le *mandator* fait entre les mains du créancier, au contraire ce paiement libère tous ses *comandatores*. L'obligation des *mandatores* n'avait qu'un but : garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur principal ; or, une fois cette obligation unique accomplie par l'un d'eux, tous sont libérés, et par conséquent l'action, n'ayant

plus de raison d'être, s'éteint et ne peut plus être cédée

2° *Cession judiciaire*. — Supposons maintenant que le créancier a poursuivi le *mandator pecuniæ credendæ* devant la justice. Il faut encore faire ici une distinction, suivant que le *mandator* se dispose à user des actions contre le débiteur principal ou contre ses *comandatores*.

Si le *mandator* veut agir contre le débiteur principal, il peut obtenir la cession d'actions après la *litis contestatio* et même après la condamnation. A l'action *judicati* du créancier, il répond par l'exception *cedundarum actionum*. Nous avons vu en effet que le créancier conservait encore la *condictio certi* qu'il avait contre le débiteur principal. L'équité lui commande donc de céder cette *condictio* au *mandator* qui l'indemnise de la valeur de sa créance.

Même après le payement, le *mandator* peut se faire céder les actions contre le débiteur principal. C'est ce que nous dit la loi 95, *De solutionibus*, au Digeste :

« Mandatore convento et damnato, quanquam pecuniæ
« soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet: sed
« et præstare debet creditor actiones mandatori ad-
« versus debitorem ut eum satisfaciat. »

Le *mandator pecuniæ credendæ* pouvait aussi requérir la cession d'actions dans le but d'en user contre ses *comandatores*.

Là encore, après la condamnation prononcée par le

juge, il pouvait obtenir du créancier qu'il lui cédât ses actions contre ses *comandatores*.

Nous trouvons cette décision dans la loi 41, § 1, *De fidejussoribus*, au Digeste : « Modestinus respondit, si
« in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus,
« eum judicati conveniri cœperit, posse eum deside-
« rare ut adversus eos qui idem mandaverunt, actiones
« sibi mandentur. »

Pour obtenir la cession d'actions, le *mandator* n'avait qu'à ne pas exécuter la condamnation, et à attendre que le créancier le poursuivît par l'action *judicati*, à laquelle il opposait alors l'exception de dol ou l'exception *cedundarum actionum*. En effet, la condamnation prononcée contre un des *comandatores* ne libère pas les autres. Ils ont promis d'indemniser le créancier ; or, tant que celui-ci n'est pas payé, leur obligation n'est pas encore accomplie ; elle ne le sera qu'une fois le payement effectué. C'est ce que nous dit la loi 52, § 3, *De fidejussoribus*, au Digeste : « Plures ejus-
« dem pecuniæ credendæ mandatores, si unus judicio
« eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur :
« sed omnes liberantur pecunia soluta. »

Tout ce que nous venons de dire à propos du *mandatum pecuniæ credendæ* s'applique au pacte de constitut : nous n'avons donc pas à y revenir. La même solution doit également être donnée pour les débiteurs solidaires. Le payement seul les libérerait ; par conséquent, jusque là la cession d'actions pouvait être obtenue.

Nous avons maintenant à examiner une question particulière.

D'après ce que nous venons de voir, la cession d'actions, pour pouvoir être obtenue du créancier, devait être demandée à une certaine époque qui variait suivant les personnes. Si, passé ce moment, le cession n'avait pas été demandée, celui qui avait payé ne pouvait plus la requérir. Mais il faut nous demander si la jurisprudence n'avait pas, dans certains cas, sous-entendu l'exception *cedundarum actionum*, et si, par conséquent, la cession d'actions ne pouvait pas s'opérer, même si elle n'avait pas été requise à temps, de telle sorte que le *solvens* eût une action utile pour recourir contre les autres. Pour examiner cette question, nous distinguerons, comme nous l'avons fait déjà, entre les divers *solventes*.

Débiteurs solidaires. — Ulpien accorde ce droit au tuteur : « Et si forte quis ex facto alterius tutoris con-
« demnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei
« mandatæ sunt actiones, constitutum est a divo Pio,
« et ab imperatore nostro, et divo patre ejus, utilem
« actionem adversus contutorem dandam » (L. 1, § 13, liv. XXVII, t. III, D.).

De quelle *utilis actio* s'agit-il ici? Selon Pothier, Ulpien veut parler de l'action utile de gestion d'affaires. Mais nous croyons plutôt, avec Dumoulin, qu'il s'agit de l'*actio utilis tutelæ*, laquelle appartenait au pupille contre le cotuteur, et qui passe à celui-ci lors-

qu'il a payé, en vertu d'une cession sous-entendue. Ulpien est, en effet, de tous les jurisconsultes celui qui a le plus travaillé à faire admettre la théorie de l'*utilis actio* comme remplaçant la *procuratio in rem suam*.

A ce texte d'Ulpien on oppose deux textes qui, dit-on, décident en sens absolument contraire. Le premier est la loi 76, *De solutionibus* (L. XLVI, t. III, D.).

Dans cette loi, Modestin refuse les actions au tuteur qui a payé purement et simplement, si ce tuteur ne se les est fait céder qu'après le paiement. C'est donc qu'on ne reconnaît pas en sa faveur une action utile.

Le second texte donne la même décision : « Si pro
« contutore judicato pecuniam solvisti; nullum judi-
« cium tibi contra pupillum competit, ut delegetur
« tibi adversus liberatum actio » (L. 1, *De contrario
judicio tutelex*, liv. V, t. LVIII, C.). D'après ce texte, si un tuteur a payé pour son cotuteur condamné, il ne peut obtenir du pupille qu'il lui cède ses actions contre le tuteur qu'il a libéré.

Ces deux textes, dit-on, sont en complet désaccord avec le texte d'Ulpien, puisque celui-ci accorde une action utile dans le cas où les deux autres la refusent. Mais en examinant attentivement le sens de ces trois lois, on voit que l'on peut parfaitement les concilier.

De quoi est-il question dans les deux derniers textes? D'un tuteur qui paye la dette, probablement *sponte sua*,

et d'un tuteur qui paye volontairement pour en libérer un autre qui a été condamné à payer.

Il paraît bien évident que dans ces deux cas, aucune condamnation n'a forcé le tuteur à acquitter la dette. Au contraire, nous trouvons dans le texte d'Ulpien : « *Et si forte quis..... condemnatus præstiterit.....* » Il s'agit ici d'une condamnation à la suite de laquelle le tuteur a payé. Les deux cas sont bien différents. On peut donc parfaitement concilier ces deux textes, et décider que l'action utile était admise au profit du tuteur, lorsqu'il avait payé à la suite d'une condamnation, tandis qu'elle lui était refusée lorsqu'il avait payé *sponte sua*. Et cette distinction que faisaient les Romains se justifie parfaitement. En effet, le tuteur qui paye après avoir été condamné sur les poursuites de son pupille, peut avoir oublié de demander la cession d'actions; mais il est juste de lui accorder une action utile, puisqu'il ne pouvait refuser de payer. Au contraire, quand il paye à l'amiable, il doit exiger une cession expresse des actions du pupille; sinon, il ne doit pas être admis à les exercer, car il les a volontairement éteintes, puisqu'il pouvait ne pas payer.

Cette attribution de l'action utile en faveur du tuteur paraît devoir être étendue à tous les débiteurs solidaires. En effet, la loi 4 *De his qui effud.* (liv. IX, t. III, D.), à laquelle nous avons déjà fait allusion en parlant des débiteurs solidaires, donne formellement une action utile au cas de plusieurs locataires d'un même

appartement, *unde aliquid dejectum est*. Mais c'est surtout la loi 95, § 10, *De solut.* qui, en assimilant de tous points le *mandator pecuniæ credendæ* au tuteur, nous permet d'affirmer que tous les codébiteurs solidaires en général ont pu invoquer l'action utile.

L'action utile n'était pas accordée dans tous les cas. Nous venons de voir que le débiteur qui avait payé *sponte sua* sans se faire céder les actions ne pouvait l'invoquer.

De plus, elle n'était pas accordée au débiteur qui avait donné lieu par son dol ou sa faute aux poursuites du créancier. Il en était de même quand ces poursuites étaient motivées par le dol de tous les débiteurs.

D'ailleurs ces décisions n'étaient pas spéciales à l'action utile. La cession d'actions n'était pas accordée dans ce cas, même quand elle était requise en temps voulu. C'est ce que nous avons constaté plus haut.

Fidéjusseurs et correi promittendi. — Les fidéjusseurs n'ont jamais droit à l'action utile, quand ils n'ont pas demandé à temps la cession d'actions. Aucun texte ne leur accorde et nous en trouvons un qui la leur refuse formellement. « Ut fidejussor adversus con-
« fidejussorem agat, danda actio non est : ideoque, si
« ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cum
« alter electus a creditore totum exsolvet, nec ei cessæ
« sint actiones, alter nec a creditore, nec a confide-
« jussore convenietur » (L. 39, *De fidej.*, liv. XLVI, t. I, D.).

La même solution doit être donnée pour les *correï promittendi*. La raison qu'en donne M. Demangeat (*Obligations solidaires*) est qu'on n'a généralement pas égard à ce que réclame l'équité, dans l'intérêt de celui qui est tenu d'une *condictio*, action de droit strict.

Nous avons dit que les fidéjusseurs et les *correï promittendi* n'avaient pas droit à l'action utile, quand ils avaient négligé de se faire céder à temps les actions. Cette solution n'est exacte que pendant la durée du droit classique.

Sous le Bas-Empire, nous trouvons un rescrit de Dioclétien qui semble accorder l'action utile aux *correï promittendi*. « Creditor prohiberi non potest exigere
« debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pe-
« cuniæ a quo velit, et ideo si probaveris te conven-
« tum in solidum exsolvisse, rector provinciæ juvare
« te adversus eum cum quo communiter mutuam pe-
« cuniam accepisti non cunctabitur » (L. 2, *De duobus reis*, liv. VIII, t. XL, C.). Si l'un des deux *correï promittendi* prouve qu'il a payé toute la dette sur la poursuite du créancier, le président de la province pourra lui accorder un recours contre celui avec lequel il a contracté la dette *communiter*.

Nous avons déjà eu à déterminer plus haut le sens de ce mot, nous n'y reviendrons pas.

On n'est pas d'accord sur la signification du mot *juvare*. Les uns voient là une *actio negotiorum gestorum utilis*, accordée au débiteur parce qu'il a fait l'affaire

de son *correus*. D'autres accordent au débiteur qui a payé une action *de in rem verso*; ils se fondent pour décider ainsi sur la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Nous croyons plutôt que le mot *juvare* doit signifier *accorder une action utile*; c'est l'action même du créancier qui aurait été cédée au débiteur si celui-ci s'y était pris à temps. C'est d'ailleurs l'opinion de MM. Demangeat et de Savigny. M. Demangeat admet, en outre, que l'action utile dut être accordée aux fidéjusseurs par suite du rescrit impérial.

Connaissant ainsi les conditions d'exercice de la cession d'actions, il nous reste à résumer brièvement celles de la *successio in locum*, afin de rendre sensibles les différences qui séparent sur ce point ces deux institutions. Quelques mots suffiront à cet effet.

Nous nous renfermons dans l'hypothèse où il s'agit d'un tiers détenteur acheteur de l'immeuble hypothéqué. Pour que la *successio in locum* se produise, il faut en premier lieu que le prix de vente parvienne réellement aux créanciers hypothécaires qu'il s'agit de désintéresser; en second lieu, comme nous l'avons déjà dit, que l'acheteur ait été rendu propriétaire de l'immeuble hypothéqué, car l'exercice de la *successio in locum* suppose un droit réel sur la chose; enfin que l'acheteur puisse prouver que les créanciers premiers en rang ont été désintéressés avec son prix de vente. Moyennant ces conditions, la *successio in locum*, d'après le langage des textes, devra s'effectuer de plein droit

(« *in jus eorum successisti* »). Nous avons vu au contraire que, dans notre opinion du moins, la cession d'actions doit en principe être requise par le débiteur qui désintéresse le créancier.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA CESSION D'ACTIONS *

Toute cession d'actions suppose le concours de trois personnes : le créancier ou cédant, le débiteur ou cédé, le *solvens* ou cessionnaire. Nous allons étudier successivement les effets de la cession à l'égard de ces trois personnes.

EFFETS DE LA CESSION D'ACTIONS ENTRE LE CÉDANT ET LE CESSIONNAIRE

Le chapitre précédent sur les conditions requises pour l'exercice du bénéfice de cession d'actions nous a déjà fait connaître les obligations du cessionnaire à l'égard du cédant ; nous n'avons plus à étudier que celles du cédant à l'égard du cessionnaire.

Le créancier est garant envers le cessionnaire de l'existence de la créance. Il doit donc lui remettre toutes les pièces destinées à prouver que la créance est née et qu'elle n'est pas éteinte. Il doit, en outre, comme un vendeur ordinaire, être exempt de dol,

purgari de dolo malo; en conséquence, il lui faudra tenir compte au cessionnaire de tout ce qu'il aura pu, la cession une fois réalisée, toucher du débiteur.

De plus, comme nous l'avons vu, le créancier n'était pas en droit de refuser la cession de ses actions, quand le *solvens* lui offrait d'acquitter la dette en totalité. Il devait donc lui céder toutes les actions qu'il avait entre les mains, actions qui d'ailleurs lui devenaient inutiles une fois le paiement effectué. Mais il faut préciser ici l'étendue de l'obligation dont le créancier était tenu envers le cessionnaire.

D'abord le créancier n'était pas tenu de garantir l'efficacité de la cession. Par conséquent, si nous supposons que le cessionnaire a payé une créance déjà éteinte ou qui n'a même jamais existé, il aura contre le créancier, non pas une action en garantie, mais une *condictio indebiti* pour répéter ce qu'il a payé indûment.

Maintenant le créancier était-il obligé de conserver ses actions pour le *solvens* ou bien n'était-il tenu que de lui livrer celles qui se trouvaient encore entre ses mains au jour du paiement ? La solution n'est pas la même pour tous ceux qui ont payé la dette.

1° *Correi promittendi et fidéjusseurs*. — Quand un fidéjusseur ou un *correus promittendi* se présentait pour faire le paiement, le créancier se libérait en lui remettant les actions qu'il avait entre les mains. Cela tenait à ce que le créancier n'avait contracté aucune

obligation envers l'un ou l'autre. En effet, la stipulation était un contrat unilatéral, par lequel le promettant seul s'engageait.

Plusieurs textes consacrent cette décision.

Prenons d'abord la loi 25, *De fidej.* au Code (liv. VIII, t. XLI) : « Pignori bus datis a reo principali distractis, « nec post longi temporis intervallum residuum a fidejussore creditor petere prohibetur. » Le texte suppose que le débiteur principal a vendu les gages qu'il avait donnés. Dans ce cas, les empereurs Dioclétien et Maximien nous disent que, même après l'expiration du *longum tempus*, le créancier conserve le droit de demander le surplus de la dette au fidéjusseur. Ainsi le créancier a laissé perdre son hypothèque par le laps de dix ou vingt ans ; il a compromis l'efficacité du recours du fidéjusseur, et cependant il peut poursuivre le fidéjusseur pour ce qui reste dû.

La loi 18, *eodem titulo*, semble au premier abord pour une règle différente. Nous lisons en effet dans cette loi : « Si ut proponis, fundum ob debitum obligatum non « justo pretio vendidisti; residuam quantitatem, quam « ex pretio ejusdem servare potuisses, refundi tibi a « fidejussore non jure poscis. » Cette loi nous dit que le créancier qui a mal vendu le bien hypothéqué à la dette ne peut recourir pour le surplus contre le fidéjusseur. Il semble donc qu'il y a antinomie entre cette loi et la précédente. Mais au fond il n'en est rien. En effet, dans cette dernière espèce, il y a eu évidemment dol

ou faute de la part du créancier, et il en est responsable vis-à-vis du débiteur; le débiteur ne doit donc plus rien, si son gage avait dû être vendu pour un prix supérieur ou du moins égal à la créance; le fidéjusseur doit donc aussi être libéré. Au contraire, dans l'espèce que prévoit la loi 25, le créancier n'avait commis aucun dol ni aucune faute envers le débiteur principal.

La loi 15, § 1, *De fidej.*, au Digeste, consacre d'ailleurs le principe que le créancier n'est pas tenu de conserver ses garanties pour les livrer au fidéjusseur.

« Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti,
« alter ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel pro-
« miserit : nec alter liberabitur ; et si ab altero quin-
« decim petere institueris, nulla exceptione summo-
« veris : reliqua autem quinque si a priore fidejussore
« petere institueris, doli mali exceptione summo-
« veris. »

Voici l'espèce qui est prévue dans ce texte : Une dette de vingt sous d'or a été garantie par deux fidéjusseurs. Le créancier a fait avec l'un d'eux un pacte *de non petendo* moyennant une somme de cinq. Deux questions se posent :

1° Le créancier peut-il demander le surplus, c'est-à-dire quinze, à l'autre fidéjusseur ?

2° Peut-il lui demander vingt ?

Sur la seconde question, le texte admet la négative ; car, dit-on, le créancier serait repoussé par l'exception de dol. En effet, les cinq payés par le fidéjusseur

auquel le pacte de remise a été consenti libèrent d'autant l'autre fidéjusseur. Il est vrai que le pacte de remise consenti à un fidéjusseur ne peut être invoqué par les autres, même s'il n'y a pas de limitation expresse (L. 23, *De pactis*, liv. II, t. XIV, D.). Mais notre texte n'est pas contraire à la loi 23, *De pactis*, car il applique simplement le principe qu'une dette ne peut être payée deux fois.

Voyons maintenant la première question, qui a spécialement trait à notre règle. Le fidéjusseur étranger à la convention peut être poursuivi pour quinze, et il n'aura aucune exception à opposer pour repousser le créancier. Il ne pourra d'abord opposer l'exception *pacti conventi* : En effet, la remise faite à l'un des fidéjusseurs ne profite pas aux autres. Il sera également privé de l'exception de division qu'il aurait si le créancier n'avait pas déchargé l'autre fidéjusseur. Enfin, il ne pourra pas opposer au créancier l'exception *cedundarum actionum*, ni l'exception de dol, par laquelle il prétendrait que le créancier doit être repoussé, parce qu'en faisant avec l'autre fidéjusseur un pacte *de non petendo*, le créancier a éteint son action contre ce dernier, et par conséquent s'est mis dans l'impossibilité de la céder.

Le créancier a donc pu se dépouiller de son droit contre un fidéjusseur, sans que les autres puissent s'en prévaloir pour prétendre qu'ils sont libérés.

Justinien, en introduisant le bénéfice de discussion

est venu apporter une dérogation à ce principe. Le créancier, à partir de la Novelle IV, ne peut plus, par un pacte de remise *in personam* fait avec le débiteur principal, frustrer le fidéjusseur du bénéfice de cession d'actions. En effet, en agissant ainsi, il priverait le fidéjusseur du droit que la Novelle IV lui accorde expressément, c'est-à-dire d'exiger que le débiteur soit poursuivi avant lui (Pothier, *Traité des obligations*, n° 380).

D'ailleurs, avant Justinien, le principe recevait déjà une exception, dans le cas d'une *fidejussio indemnificata*. Le créancier ne devait, dans ce cas, poursuivre le fidéjusseur qu'après le débiteur principal, et seulement jusqu'à concurrence de la somme qu'il n'avait pu obtenir de ce dernier. Etant donnée cette convention, le créancier ne pouvait plus, après avoir consenti au débiteur un pacte *de non petendo in personam*, agir efficacement contre le fidéjusseur : celui-ci le repoussait par l'exception de dol, car, en faisant ce pacte, le créancier s'était mis dans l'impossibilité d'exécuter le contrat, c'est-à-dire de discuter le débiteur principal avant de poursuivre le fidéjusseur.

Une seconde exception était probablement apportée encore à notre principe, dans l'hypothèse où, par une convention particulière, en nous plaçant toujours avant Justinien, le créancier s'engageait envers le fidéjusseur à ne le poursuivre qu'après avoir discuté les biens du débiteur principal. C'était une sorte de bénéfice de

discussion conventionnel. Nous avons sur ce point deux textes du Digeste, au titre *De fidejussoribus*. Dans le premier (L. 63), le créancier convient avec le débiteur que si celui-ci ne paye pas, sur la première réquisition, les cent sous d'or prêtés, il pourra vendre les objets hypothéqués. Puis, postérieurement à cette convention, le débiteur présente un fidéjusseur. La question est de savoir si ce fidéjusseur pourra être poursuivi pour toute la dette. Non, répond le jurisconsulte, parce que, tout bien considéré, le fidéjusseur ne s'est obligé que pour ce qui restera dû après la vente des biens hypothéqués. Il nous semble bien résulter de là que le créancier ne pourra laisser s'éteindre, au détriment du fidéjusseur, l'hypothèque que le débiteur lui a consentie.

Le deuxième texte est la loi 51, § 3 : « Creditor pi-
« gnus distrahere non cogitur, si fidejussorem sim-
« pliciter acceptum, omisso pignore velit convenire. »
Le créancier peut ne pas s'attaquer au bien grevé d'hypothèque et poursuivre le fidéjusseur, lorsque celui-ci s'est engagé *simpliciter*. D'où il résulte que, si le fidéjusseur prévoyant l'hypothèse était convenu que le créancier vendrait d'abord le bien, cette convention lie le créancier; et dans ce cas l'équité s'oppose à ce que le créancier laisse dépérir la sûreté que lui confère l'hypothèque, en fraude des droits du fidéjusseur.

“ *Mandatores pecuniæ credendæ.*— Pour les *mandatores*

pecuniæ credendæ, la solution était différente. Le créancier était forcé de conserver les actions qu'il avait contre le débiteur principal; s'il ne les possédait plus, le *mandator* pouvait repousser sa demande par une exception. « Si creditor a debitore culpa sua ceci-
« derit, prope est, ut actione mandati nihil a manda-
« tore consequi debeat : cum ipsius vitio acciderit,
« ne mandatori possit actionibus cedere » (L. 95,
§ 1, *De solutionibus*, liv. XLVI, t. III, D.).

Comment expliquer la différence qui existe sur ce point entre les fidéjusseurs et les *mandatores pecuniæ credendæ*? Pourquoi ces derniers peuvent-ils exiger du créancier qu'il leur cède toutes les actions qu'il avait primitivement contre le débiteur principal, tandis que les fidéjusseurs doivent se contenter de celles qui lui restent entre les mains au jour du paiement?

Il est facile de donner les raisons de cette différence, quand on considère les caractères respectifs, de la fidéjussion et du *mandatum pecuniæ credendæ*. La fidéjussion est un contrat de droit strict; le créancier n'a contracté envers les fidéjusseurs aucune obligation, il est libre de faire de ses actions ce que bon lui semble, de les laisser éteindre par prescription, ou de s'en dessaisir en faisant avec le débiteur un pacte *de non petendo*. Le fidéjuteur ne peut se plaindre, car il est seul obligé; tant que le créancier ne se rend pas coupable d'un dol envers lui, il n'a rien à dire. Il en est tout autrement pour le *mandatum pecuniæ credendæ*.

En effet, ce contrat est synallagmatique et de bonne foi : il en résulte entre le mandataire et le *mandator* les obligations réciproques qui résultent du mandat en général. Or c'est une règle admise dans les contrats de bonne foi que, lorsqu'une partie s'est mise par sa faute dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, elle ne peut exiger de l'autre partie que celle-ci exécute la sienne.

Si donc le créancier mandataire a laissé perdre ses actions ou s'en est volontairement défait, il ne peut plus exécuter vis-à-vis du mandant son obligation, laquelle consistait à lui céder ses actions contre le débiteur ; par conséquent le *mandator* sera dispensé d'exécuter le mandat en ce qui le concernait personnellement, c'est-à-dire qu'il ne sera plus tenu d'indemniser le créancier de l'argent que celui-ci a prêté au débiteur.

Cujas, qui donne bien cette explication de la différence entre le *mandator* et le fidéjusseur (sur la loi 21, § 5, *De pactis*), en présente ailleurs une autre qu'on a critiquée avec raison. « Dans la loi 95, § 11, dit-il, le créancier commet une faute, et c'est à lui d'en supporter les conséquences. Au contraire, dans le cas de la loi 15, § 1, il fait un acte de générosité, qui mérite plutôt l'éloge que le blâme ; voilà pourquoi il ne doit pas être rendu responsable de la perte de ses actions. »

Mais il est clair qu'il n'y a pas à s'occuper ici du plus ou moins d'intérêt dont est digne le créancier ; et

du reste, nuire à un fidéjusseur en faisant remise de la dette à un autre, c'est là un acte de générosité dont on ne peut guère lui tenir compte, si ce n'est pour l'en blâmer.

Débiteurs solidaires. — La solution est la même pour les débiteurs solidaires que pour les *mandatores pecuniæ credendæ*. Ils peuvent refuser de payer, si le créancier n'a pas conservé toutes ses actions pour les leur « céder : « Si pupillus alterum ex tutoribus post pupillatatem liberasset, improbe alterum illius nomine « conabitur interpellare » (L. 45, *De administr. et peric. tut.*, liv. XXVI, t. VII, D.).

Ce texte suppose un pupille qui, après sa majorité, a libéré un de ses tuteurs en lui faisant remise de sa part dans le compte de tutelle. Ce pupille s'est mis en faute en faisant ce pacte de remise à l'un de ses tuteurs, car il ne peut plus céder aux autres ses actions contre lui. Il ne pourra donc obtenir des autres tuteurs que la part qu'ils auraient dû supporter définitivement dans la dette.

Si l'on compare la situation des débiteurs solidaires avec celle des *correi promittendi*, comme nous l'avons fait plus haut pour les fidéjusseurs et les *mandatores pecuniæ credendæ*, on voit qu'il y a antinomie entre leur situation respective. En effet les *correi* ne peuvent exiger que le créancier leur conserve toutes ses actions. Cette différence vient de ce qu'il y a entre les débiteurs solidaires et le créancier des obligations réci-

proques, tandis que les *correi promittendi* sont seuls obligés envers le créancier, sans que celui-ci soit tenu de la moindre obligation envers eux.

EFFETS DE LA CESSION ENTRE LE CÉDANT ET LE CÉDÉ

Il faut ici distinguer, au point de vue des principes, entre la cession d'actions nécessaire, qui fait l'objet de la présente étude, et la cession d'actions ordinaire.

Dans ce dernier cas, la vente de la créance est un fait juridique indépendant de toute fiction, et par suite opposable à tous. Mais comme cette vente s'opère au moyen de la *procuratio in rem suam*, laquelle ne dessaisit pas *ipso jure* le créancier contre le débiteur cédé; ce dernier pouvait encore être poursuivi par lui, et obligé de lui payer le montant de la dette. Il est vrai qu'alors le cessionnaire se retournait contre le cédant par l'action *empti*, pour se faire indemniser. Mais, outre que de cette manière la cession ne produisait pas son effet, le cessionnaire pouvait se heurter à l'insolvabilité du cédant, et perdre ainsi le prix de la cession. Pour obvier à ce grave inconvénient, les Romains avaient imaginé de rendre le cédé responsable de tout paiement fait à son ex-créancier, lorsqu'il avait eu connaissance de la cession; puis, perfectionnant ce correctif, qu'un paiement de bonne foi pouvait rendre insuffisant, ils étaient arrivés à faire commencer la

responsabilité du cédé au jour où la cession lui avait été notifiée par le cessionnaire.

Les choses se passaient autrement en matière de cession forcée.

Nous avons indiqué la fiction au moyen de laquelle les Romains étaient arrivés à réaliser la cession d'actions. Ils supposaient que le cessionnaire achetait la créance avec tous les accessoires qui y étaient attachés. Mais cette fiction n'avait qu'un but : expliquer la survivance des actions après le paiement extinctif de la créance. En réalité, l'opération n'était à l'égard du créancier qu'un paiement véritable, qui lui enlevait tout droit d'agir de nouveau contre l'une ou l'autre des personnes obligées à l'acquittement de la dette, pour obtenir un nouveau paiement. Par conséquent, une fois que le cédé avait eu connaissance de la cession d'actions, il pouvait repousser la poursuite du cédant.

Mais supposons que le cessionnaire n'ait pas averti le cédé, et que d'autre part celui-ci ait un juste motif d'ignorer la cession des actions. Dans cette ignorance, il paye la dette ; puis il apprend qu'elle avait déjà été payée par le fidéjusseur. Que va-t-il se passer ?

Le débiteur a d'abord la *condictio indebiti* contre le créancier, pour répéter ce qu'il a payé indûment. Mais faut-il aller plus loin ? Pourra-t-il repousser le fidéjusseur qui, se prévalant de la cession d'actions, se dispose à l'attaquer ? Il semble bien que non, d'après ce que nous venons de dire. Car, à l'égard du cédant, le

cédé a payé une dette éteinte; et, à l'égard du cessionnaire, il reste tenu en vertu de la fiction de cession. Cependant, voici un texte d'Ulpien, qui lui permet d'opposer une fin de non-recevoir à la poursuite du fidéjusseur : « Hoc enim tractari et in fidejussore potest ; si cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit, quod solvere eum non oportebat ; et credo, si eum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli : dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori : cedere autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne duplum creditor consequatur » (L. 29, § 3, liv. XVII, t. I, D.).

Ulpien accorde dans ce cas au débiteur qui a payé une seconde fois le droit de repousser le fidéjusseur par une exception de dol ; car, dit-il, le fait de ne pas avoir informé le débiteur de la cession peut être assimilé à un dol. Mais dans ce cas, le débiteur devra céder au fidéjusseur la *condictio indebiti* qu'il avait contre le créancier, de façon que celui-ci ne soit pas payé deux fois.

Le fidéjusseur qui veut profiter de la cession d'actions doit donc notifier cette cession au débiteur, aussitôt qu'elle est accomplie.

On voit ainsi que la formalité de la notification avait fini par être admise, même en cas de cession forcée.

La même solution s'applique encore, mais pour une

autreraiſon, dans le cas d'un *mandator pecuniæ credendæ* qui, en payant le créancier, lui demande la cession d'actions contre le débiteur principal. Celui-ci en effet n'est pas libéré par le payement du *mandator*, et il a juſte motif de payer entre les mains du créancier, tant qu'il n'est pas averti par la notification.

Nous en dirons autant d'un tuteur qui paye à ſon pupille, faute d'avoir poursuivi à temps un débiteur de ce dernier. La cession d'actions qu'il obtient n'empêche pas que la notification ſoit néceſſaire.

EFFETS DE LA CESSION ENTRE LE CESSIONNAIRE ET LE CÉDÉ

Cette ſection corréſpond aux deux ordres d'idée ſuivants : effets à l'égard du ceſſionnaire, effets à l'égard du cédé.

I. *Effets à l'égard du ceſſionnaire.* — Nous avons déjà vu ſommairement dans quels cas la cession d'actions vient en aide aux différents coobligés, et nous avons remarqué que, ſuivant ces cas, l'avantage qui en réſulte eſt plus ou moins grand pour celui qui l'obtient. Il nous reſte à préſenter quelques obſervations complémentaires à ce ſujet.

C'eſt le fidéjuſſeur qui aura le plus ſouvent l'occaſion de réclamer le bénéfice de cession d'actions. Il aura déjà la plupart du temps contre le débiteur principal ſoit l'action *mandati*, ſoit l'action *negotiorum geſtorum* :

alors la cession d'actions aura seulement pour effet d'assurer plus d'efficacité à son recours. Mais lorsque le fidéjusseur s'engage *invito debitore*, on peut se demander s'il a de son chef une action contre lui. Certes, l'action *negotiorum gestorum*, lui est refusée; mais ne peut-il se prévaloir au moins de l'action *negotiorum gestorum utilis* ?

La question paraît avoir été controversée entre les jurisconsultes romains (L. 40, *mandati vel contra*, D.). Quoi qu'il en soit, Justinien la tranche dans le sens de la négative (L. 24, *De neg. gestis*, liv. II, t. XIX, C.). D'où il suit que la cession d'actions présente dans ce cas un avantage particulier pour le fidéjusseur, puisqu'elle lui donne un recours qui lui faisait défaut.

Quant à la possibilité d'un recours de la part du fidéjusseur contre ses cofidéjusseurs, nous la lui avons reconnue plus haut, en prenant partie dans la controverse soulevée sur ce point.

Nous avons admis de même que le tiers détenteur peut recourir quelquefois au moyen de la cession d'actions contre son vendeur; que le même recours existe entre codébiteurs solidaires; mais que, dans notre opinion du moins, il n'appartient au *correus* que s'il peut prouver l'existence d'une société entre lui et ses codébiteurs.

Si l'on admet que dans tous les cas celui qui a payé avait déjà de son chef une action contre les autres,

l'utilité de la cession d'actions consistera à entourer cette action de garanties qui en assureront l'efficacité.

Ces observations terminées, il s'agit d'étudier plus spécialement les effets de la cession d'actions à l'égard du cessionnaire.

Le cessionnaire, par suite de la cession d'actions, prend la place du cédant. Toutes les actions que le cédant pouvait posséder passent sur sa tête, et il peut les faire valoir comme le cédant lui-même.

Il pourra par conséquent user des hypothèques et privilèges qui appartiennent au créancier. Il pourra poursuivre les biens hypothéqués, qu'ils soient entre les mains du cédé ou d'un tiers détenteur, indifféremment.

Mais il faut faire une distinction entre les privilèges attachés à la créance (*privilegia causæ*) et les privilèges personnels au créancier (*privilegia personæ*). On peut citer parmi ces derniers, l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari, et le *privilegium pupilli*. Les *privilegia causæ* suivaient la créance, et passaient avec elle entre les mains du cessionnaire, par suite de la cession d'actions (L. L. 2, 14. *De fidej. C.*). Au contraire, les *privilegia personæ* restaient attachés à la personne du créancier. Cette distinction est formulée expressément dans la loi 68, *De reg. jur.* (liv. L, t. XVII, D.). « In omnibus causis id observatur : ut « ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat : ubi vero ge-

« nus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis perse-
« cutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii. »

Ce texte ne fait que poser le principe général. La loi 42, *De admin. et peric. tut.* (liv. XXVI, t. VII, D.) prévoit une espèce particulière : « Ex pluribus tutoribus
« in solidum unum tutorem judex condemnavit. In
« rem suam judicatus procurator datus, privilegium
« pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur :
« non enim causæ, sed personæ succurritur, quæ me-
« ruit præcipuum favorem. »

On suppose dans cette loi qu'un tuteur a payé sur la poursuite du pupille, et s'est fait constituer par lui *procurator in rem suam*. Le *privilegium pupilli* ne lui passera pas, dit le texte, parce que c'est un *privilegium personæ*, accordé au pupille seul en considération de sa situation particulière, et qui ne passe même pas à ses héritiers.

On pourrait objecter contre la décision que nous donnons deux textes du Digeste. Il est dit dans le premier que, dans l'hypothèse où le mineur cédant pouvait se faire restituer *in integrum*, ce droit passe avec les autres au cessionnaire (L. 24, pr. *De minor.*, liv. IV, t. IV). Dans le même sens, la loi 43, *De usuris* (liv. XXII, t. I), dispose que le cessionnaire du fisc peut, en vertu de la cession, exiger des intérêts non stipulés. Mais il faut répondre qu'il ne s'agit pas dans ces deux lois de privilèges proprement dits ; les décisions de ces deux lois ne sont, comme le remarque

fort bien M. Accarias, que des applications de la règle générale qui veut que le cessionnaire entre dans tous les droits du cédant.

En sens inverse, le cessionnaire ne peut opposer au cédé un privilège à lui personnel. En effet, il exerce son recours non en son propre nom, mais au nom d'une autre personne, c'est-à-dire au nom du créancier ; il ne pourrait donc faire valoir des privilèges exclusivement attachés à sa personne.

En résumé, les *privilegia causæ* sont les seuls qui puissent être invoqués par le cessionnaire.

Avant de terminer l'étude de cette matière, il convient d'examiner une dernière question. Il est certain que, lorsqu'un fidéjusseur a payé, il peut, en exerçant contre le débiteur principal les actions du créancier, se faire indemniser par ce débiteur de tout ce qu'il a payé pour sa libération. En est-il de même lorsqu'il recourt contre ses cofidéjusseurs ?

Supposons plusieurs fidéjusseurs qui se sont engagés envers un même créancier à garantir une dette. L'un de ces fidéjusseurs paye après s'être fait céder les actions. Il y a d'abord une chose certaine, c'est que le fidéjusseur qui a payé ne pourra se faire indemniser par les autres que déduction faite de sa part dans la dette ; c'est-à-dire que, s'il y avait quatre fidéjusseurs et une dette de vingt, celui qui a payé ne pourra recourir contre les autres que pour quinze. Mais pourra-t-il demander ces quinze à un seul des fidéjus-

seurs, ou bien sa poursuite devra-t-elle se diviser entre tous, de telle sorte qu'il n'obtienne de chacun d'eux que cinq? Sur ce point, les textes sont muets. D'ailleurs, le doute ne subsiste plus après l'introduction du bénéfice de division. En effet, après le rescrit d'Adrien, le créancier fut obligé de diviser sa poursuite entre tous ceux qui avaient cautionné la dette; or, celui qui a payé ayant pris par suite de la cession d'actions la place du créancier, les autres cautions durent jouir à son égard du même bénéfice de division.

II. *Effets à l'égard du cédé.* — La cession, en principe, ne doit pas empirer la condition du cédé. Il en résulte que le cédé pourra opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qu'il pouvait opposer de son chef au cédant, pourvu toutefois que ces moyens de défense soient nés avant la cession. Ainsi, il pourra répondre à la demande du cessionnaire par l'exception tirée de la compensation.

Toutefois, on s'est demandé si le débiteur pouvait opposer au cessionnaire l'exception de dol qu'il aurait pu opposer au cédant. Le doute vient de la loi 4, § 27, *De doli mali exceptione* (liv. XLIV, t. IV D.).

Nous y voyons en effet qu'on ne pouvait opposer à l'acheteur l'exception de dol du chef de son vendeur : « *de auctoris dolo exceptio emptori non obijcitur.* » Or, peut-on dire, à l'égard du cédé, le cessionnaire n'est qu'un acheteur. Mais la réponse est facile. Le dol du vendeur n'ayant pu empêcher l'acheteur de devenir

propriétaire, celui-ci invoque et exerce de son chef un droit qui lui est propre, un droit qu'il n'emprunte pas à son vendeur. Au contraire, dans la cession d'actions le cessionnaire n'est que l'ayant cause du cédant ; il ne peut exercer que les droits du cédant, et par suite il est responsable du dol commis par son auteur. Du reste, c'est précisément ce que dit cette loi 4, § 27 qu'on nous oppose, et qui confirme ainsi notre règle, au lieu d'y apporter une exception : « *Si autem accessione auctoris utitur, æquissimum visum est, eum qui ex persona utitur actione, pati dolum auctoris.* »

Il peut même se faire que le cédé oppose efficacement au cessionnaire une exception dont il n'aurait pu se prévaloir contre le cédant. C'est ce qui se présentera quand le cessionnaire se sera rendu coupable d'un dol envers le cédé.

En effet, le cédé ne peut opposer au cessionnaire les exceptions nées dans la personne du créancier une fois la cession opérée ; mais il peut alors faire valoir les exceptions nées dans la personne du cessionnaire, car celui-ci est devenu, par le fait de la *procuratio in rem suam*, le véritable créancier ; le cédé doit donc pouvoir lui opposer les moyens de défense qu'il a contre lui.

La loi 12, *rem pupilli salvam fore* (liv. XLVI, t. VI, D.) fait une application remarquable de cette règle. Un tuteur a fait accepter plusieurs fidéjusseurs. L'un d'eux paye la pupille et obtient la cession d'actions

contre le tuteur. Il faut se rappeler que, par suite des règles exceptionnelles introduites en faveur du pupille, les fidéjusseurs ne peuvent lui opposer le bénéfice de division. Cela étant, la loi 12 nous dit que ces mêmes fidéjusseurs, actionnés par celui d'entre eux qui a payé le pupille, jouiront contre lui du bénéfice de division : « *ut dividatur actio impetrare possunt.* »

DROIT FRANÇAIS

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

INTRODUCTION

Lorsque les rédacteurs du Code eurent à régler la situation pécuniaire des époux pendant le mariage, ils se trouvèrent en présence de deux conceptions de régime matrimonial tout à fait distinctes, et en quelque sorte opposées.

D'après une première théorie, pratiquée à Rome et dans nos anciennes provinces de droit écrit et connue sous le nom de régime dotal, l'association conjugale reste purement morale et ne s'étend pas aux biens. Sans doute, si le mari acquiert le droit d'administrer les biens de sa femme, il en touchera les revenus, pour subvenir aux charges du mariage; mais à tous autres égards, le patrimoine et les intérêts de l'un des époux

demeurent séparés du patrimoine et des intérêts de l'autre. A chacun le sien, tel est le principe fondamental de ce régime. Aussi le législateur se préoccupe-t-il avant tout d'assurer à la femme la conservation et la restitution de sa dot. Conduit à prendre des mesures rigoureuses pour atteindre ce but, il arrive à délimiter exceptionnellement les pouvoirs du mari, et même ceux de la femme, sur les biens dotaux : de là l'inaliénabilité dotale avec toutes ses conséquences.

L'avantage d'un pareil système, c'est que la femme est sûre de retrouver intacte sa dot, à la dissolution du mariage; mais il offre de nombreux inconvénients (voir plus loin, p. 171 et suiv.), dont le plus grand est peut-être de laisser la femme indifférente à la prospérité des affaires de son mari.

Toute autre était la théorie que suivaient nos anciens pays de coutumes, sous le nom de régime de communauté. Ici, l'idée prédominante est que la communauté de vie et d'affection qui unit les époux doit entraîner la communauté de leurs intérêts. On veut que la femme soit intéressée à la prospérité du ménage. On lui donne le droit de partager avec son mari, à la dissolution du mariage, les bénéfices provenant de leur industrie ou de leurs économies communes. Alors, par une conséquence assez naturelle de cet ordre d'idées, l'attention du législateur se porte moins vivement sur la nécessité de protéger la femme, pour lui garantir la restitution de sa dot; et il laisse à la femme assistée du mari et au

mari lui-même des pouvoirs beaucoup plus larges, en ce qui touche l'aliénation des biens dotaux.

Ce système a, comme le précédent, mais en sens inverse, ses avantages et ses inconvénients. Il laisse place à la dissipation du mari, et rend aléatoire pour la femme le recouvrement intégral de sa dot; mais il associe la femme à la prospérité commune, et parait mieux en harmonie avec le lien même du mariage.

On sait que le législateur moderne a donné la préférence au régime de communauté, et en a fait le droit commun de la France, tout en réglementant aussi le régime dotal. Mais il a si bien senti les inconvénients de l'un et l'autre système qu'il a placé en tête de ses dispositions sur le contrat de mariage le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales (article 1387). Les futurs époux peuvent régler comme ils l'entendent, sous certaines restrictions bien entendu, leurs intérêts pécuniaires pour la durée du mariage; la loi ne leur impose le régime de la communauté que s'ils n'ont pas fait de contrat. Ils ont le droit de combiner entre eux les différents régimes, d'emprunter à l'un les règles de l'autre, pour faire sortir de ces combinaisons le régime de leur choix. Si, par exemple, ils préfèrent en principe le régime de la communauté, ils peuvent demander au régime dotal ses règles protectrices sur la conservation et la restitution de la dot : ils stipuleront que tel ou tel bien sera soumis au régime dotal, et comme tel deviendra inaliénable et im-

prescriptible. Si, au contraire, ils prennent pour base de leur association le régime dotal, la femme pourra être intéressée à la prospérité du ménage par l'adjonction de telle ou telle clause du régime de communauté.

Parmi ces dernières sortes de clauses, il en est une qui a semblé plus particulièrement heureuse, et qu'une pratique ancienne a sanctionnée : c'est la clause de société d'acquêts jointe au régime dotal. On entendait par là, une communauté dont la composition active et passive est nulle au moment même du mariage, mais qui est destinée à comprendre les produits du travail et de l'industrie de chacun des époux, ainsi que les revenus des biens dotaux et des biens du mari. Cette clause était surtout fréquente dans le ressort du Parlement de Bordeaux. Un acte de notoriété du 5 avril 1699, rapporté par Salviat (jurisprudence du Parlement de Bordeaux), nous dit que cette société embrassait : « Toutes les acquisitions faites pendant le cours du mariage par le travail ou soin commun des conjoints, et même ce qui provenait des fruits des biens dotaux, ou de l'usufruit des biens donnés aux conjoints, les meubles par eux acquis, par quelque part que ce fût. Mais les biens donnés à l'un des conjoints n'y étaient pas compris. »

Cette convention particulière, qui devait être stipulée dans le contrat de mariage, présentait comme on le voit de notables points de différence avec le régime de communauté légale.

Les rédacteurs du Code n'ont eu garde de passer sous silence la société d'acquêts. Non seulement ils l'ont mentionnée au régime dotal sous l'art. 1581, mais encore ils l'ont organisée dans les art. 1598 et 1499, sous le titre de communauté réduite aux acquêts, et en tête des clauses modificatives de la communauté légale. Leur inspiration était heureuse, car en fait la clause de société d'acquêts est aujourd'hui d'un usage universel. Dans le midi de la France, on la joint presque toujours au régime dotal pour atténuer les inconvénients de ce régime : et les populations du Nord poursuivent un but analogue, en la préférant au régime pur et simple de communauté.

C'est qu'en effet, le régime de communauté légale, dont le principe est si conforme à l'institution même du mariage, offrait déjà dans son application, à l'époque de la rédaction du Code, des dangers qui n'ont fait que s'accroître avec le temps. La distinction qui fait tomber les meubles dans la communauté pour en exclure les immeubles avait sa raison d'être dans notre ancien droit. Elle se rattachait au système des propres de succession, et à cet ensemble de règles qui tendaient exclusivement à la conservation des biens dans les familles. Le législateur moderne, rompant avec ces traditions, eût dû peut-être abandonner la distinction qui n'en était que la conséquence ; et des auteurs d'un grand mérite ont pensé qu'il eût mieux fait d'adopter comme régime de droit commun la com-

munauté universelle, qui seule répond d'une manière complète à l'idée de l'union des époux par le mariage (Aubry et Rau, t. V, 4^e édition, p. 217).

Aujourd'hui ces inconvénients de la distinction entre le patrimoine mobilier et le patrimoine immobilier des époux se sont accrus dans des proportions considérables. Le développement prodigieux de la fortune mobilière, depuis le commencement du siècle, a eu cet effet de rendre impossible dans bien des cas, l'application pure et simple de la communauté légale. Les inégalités les plus choquantes en résulteraient infailliblement, si la société d'acquêts ne présentait fort à propos le remède à côté du mal. Les rédacteurs du Code ont donc très sagement fait de la régler.

Voici comment nous diviserons notre sujet :

Dans une première partie, nous envisagerons la communauté réduite aux acquêts, telle qu'elle est réglée par les art. 1498 et 1499. Dans une seconde partie, nous étudierons, en commentant l'art. 1581, la combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

FORMATION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une société d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur (art. 1498, § 1^{er}).

Le Code civil, comme le faisait la coutume de Bordeaux, exige que cette société soit stipulée expressément par les futurs conjoints.

Mais est-il besoin d'employer des termes formels, et l'adoption de ce régime ne peut-elle pas résulter implicitement d'une formule quelconque autre que celle donnée par le Code? Toullier a soutenu la première opinion (t. XIII, n° 317). D'après lui la société d'acquêts ne peut exister que si l'on a inséré au contrat une formule négative et exclusive de la commu-

nauté légale. Il se fonde sur les termes de l'art. 1498 :
« Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux
qu'une société d'acquêts... »

Malgré l'autorité de Toullier, nous ne croyons pas devoir admettre ce système. Le Code civil, en effet, n'exige pas en général dans les conventions des formules sacramentelles; il suffit que les parties emploient des termes suffisamment clairs et qui fassent ressortir nettement leur intention. Ainsi nous pensons que l'adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts résultera implicitement par exemple de cette clause « que les époux seront communs en tous les biens qu'ils acquerront. » Il y a là en effet une exclusion tacite de leurs biens mobiliers existant au jour du mariage (Pothier, *Communauté*, 317).

Une clause qui était très usitée dans l'ancien droit, c'était la réversion des acquêts aux enfants. Au décès de l'un des époux, les enfants devenaient propriétaires des acquêts de communauté : l'époux survivant conservait l'usufruit de la moitié.

On s'est demandé si le Code civil permettait encore cette convention. La question est vivement controversée. Pour notre part, nous concluons à la validité de cette clause insérée dans un contrat de mariage.

Voyons d'abord les arguments que donnent les partisans du système contraire.

La clause de réversion, disent ces auteurs, n'est autre chose qu'une donation à cause de mort; or, cette

donation est formellement prohibée par l'art. 893 : « On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament. » De plus, c'est une donation à des personnes non encore conçues, puisque la réversion doit s'appliquer aux enfants à naître du mariage. Or, ce genre de donation est également prohibé par le Code, qui porte que tout donataire doit être conçu au moment de la donation (art. 906). Deux exceptions seulement ont été apportées à cette prohibition : l'une vise le cas d'une institution contractuelle, l'autre s'applique aux substitutions permises. Voyons donc si la clause susdite rentre dans l'un de ces cas. Et d'abord, il ne saurait y avoir là une institution contractuelle. En effet, la clause de réversion est une disposition prise uniquement au profit des enfants à naître ; or, l'art. 1082 est ainsi conçu : « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, *tant au profit desdits époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage*, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. » L'institution contractuelle, on le voit, n'est valable, à l'égard des enfants à naître, que lorsqu'elle est faite cumulativement au profit des époux et des enfants ; les enfants à naître ne peuvent y être uniquement et directement appelés, ce qui se présente dans la clause de réversion.

Maintenant, sommes-nous en présence d'une substitution permise par le Code ? Non, évidemment, puisque nous nous trouvons encore uniquement en présence des enfants, et que l'art. 1048 suppose d'abord une première institution en faveur du père ou de la mère. De plus, dans une donation entre-vifs, la substitution ne peut porter que sur des biens présents ; or, ce que les époux peuvent donner dans notre cas ne peut évidemment comprendre que des biens à venir, puisque la société d'acquêts ne se compose que de ce genre de biens.

D'ailleurs, ajoutent les partisans de ce système, la clause de réversion est immorale, car elle tend à détruire l'égalité entre tous les enfants, en permettant d'avantager les enfants d'un second mariage au détriment de ceux du premier (Odier, t. II, n° 715 ; Tessier, *Soc. d'acquêts*, 417 ; Daniel de Folleville, *Soc. d'acquêts*).

Tels sont les arguments que l'on donne pour écarter la clause de réversion au profit des enfants à naître du mariage.

Certes, ces arguments sont sans réplique, si on se place à ce point de vue, c'est-à-dire si on considère cette clause comme une donation. Mais c'est bien plutôt un pacte matrimonial qu'une donation, et c'est ce que nous apprend Salviat dans une attestation du barreau de Bordeaux (23 septembre 1694) :

* Lorsque, dans un contrat de mariage, il a été sti-

pulé que la propriété des acquêts qui se feront pendant le mariage appartiendra aux enfants qui en seront procréés, ce pacte et cette convention portant affectation desdits acquêts auxdits enfants n'est pas assujetti à insinuation, cette clause étant regardée comme un simple pacte, et non comme une donation sujette à insinuation. »

Etant admis que cette clause est un pacte matrimonial, rien ne s'oppose plus à son insertion, puisqu'en vertu de l'art. 1387 les époux peuvent faire toutes sortes de conventions spéciales, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs.

On nous objectera l'art. 1389, d'après lequel les époux ne peuvent faire aucune convention dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. Cette objection ne nous arrêtera pas; en effet, il est bien entendu que nous n'admettons la clause de réversion qu'autant qu'elle ne tend pas à changer l'ordre légal des successions; ainsi une clause excluant les enfants d'un autre mariage, ou avantageant les uns au profit des autres, serait à notre avis complètement nulle. Mais *a contrario*, cette clause de réversion, toutes les fois qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 1389, doit être valable en vertu de la liberté des conventions proclamée par l'art. 1387 (Troplong, 1858; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, 1226).

Une autre clause est admise par la plupart des auteurs; c'est celle qui consiste à limiter la communauté

soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers.

On s'est élevé contre cette clause en disant qu'elle mettait la femme à la merci du mari, celui-ci devant s'empresser d'employer les deniers de la communauté à l'achat d'immeubles ou de meubles, suivant que la communauté serait réduite aux acquêts mobiliers ou immobiliers. Or, Pothier disait dans l'introduction au titre de la communauté : « Les clauses qui laissent indirectement au mari le pouvoir de s'avantager des biens de la communauté aux dépens de sa femme, ou d'en avantager la femme à ses dépens, ne sont pas valables. »

Nous préférons toutefois admettre la validité de cette convention ; car, à défaut d'une prohibition expresse, on doit appliquer l'art. 1387 qui consacre la liberté des conventions.

COMPOSITION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

ACTIF

D'après l'art. 1401 la communauté légale se compose :

1° De tout le mobilier appartenant aux époux au jour du mariage, et de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou de donation.

2° De tous les fruits, revenus, intérêts, arrérages, échus ou perçus pendant le mariage, provenant de leurs propres.

3° De tous les immeubles qu'ils ont acquis pendant le mariage.

Nous voyons au contraire dans l'art. 1498 que les époux qui ont stipulé une société d'acquêts sont censés exclure de la communauté les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur. Quant aux dettes des époux, nous nous en occuperons en faisant l'étude du passif de la communauté.

Pour le mobilier, nous remarquerons une dérogation à l'art. 1401, § 1, c'est-à-dire l'exclusion des

biens meubles. Au contraire les deux autres paragraphes de cet article s'appliquent à la communauté d'acquêts ; c'est ce que nous voyons en continuant la lecture de l'art. 1498 : « En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant leur mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux. »

L'actif de la société d'acquêts est donc composé de deux sortes de biens :

1° Les fruits et revenus des biens des deux époux pendant le mariage.

2° Les produits de l'industrie des deux époux, et tous les biens meubles ou immeubles qu'ils ont pu acquérir des deniers provenant soit de leur industrie, soit de leurs économies.

Nous allons étudier séparément chacune de ces sortes de biens dont va se composer l'actif de la communauté, lequel, d'après les termes de l'art. 1498, est absolument nul au jour de la célébration du mariage.

1 FRUITS DES BIENS RESTÉS PROPRES AUX ÉPOUX

Dans tous les cas où il n'aura point été dérogé aux règles de la communauté légale par une clause du

contrat ou par un article du Code, nous devons appliquer ces règles.

Or, l'art. 1401, § 2, nous dit : « La communauté se compose activement de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. »

Si la communauté a droit à tous les fruits perçus à partir du mariage, il est bien entendu réciproquement qu'elle n'a aucun droit à ceux perçus avant la célébration, lesquels restent propres aux époux et forment une partie de leur mobilier présent.

S'il existe à la dissolution du mariage des fruits pendants par branches ou par racines, ces fruits appartiennent à l'époux propriétaire du fonds. On admet généralement dans ce cas qu'il faut suivre les règles de la communauté légale. L'époux propriétaire du fonds où se trouvent les fruits pendants, devra récompense à la communauté pour les frais de semence et de culture. C'est une application de l'art. 1437 qui porte que toutes les fois qu'un époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense.

Mais, à l'inverse, qu'arrivera-t-il s'il existe des fruits pendants au moment de la célébration du mariage? La communauté les percevra; mais devra-t-elle récom-

pense pour frais de culture à l'époux propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvent?

Constatons d'abord que la difficulté ne peut se poser que sous la communauté d'acquêts. En effet, sous le régime de la communauté légale, les frais de semence et de culture ont été payés au moyen de valeurs mobilières qui seraient tombées dans la communauté. Par conséquent, l'époux qui a fait ces frais ne peut exiger aucune récompense puisqu'il n'a fait qu'employer des biens communs sans toucher à ses propres.

Dans le cas de société d'acquêts, la question est vivement controversée.

Un premier système soutient qu'il faut suivre les règles de la communauté légale. En effet, dit-on, l'époux propriétaire a voulu que la société profitât de l'état de choses tel qu'il a été constitué par lui au moment où elle a pris naissance (Trop long, 1869).

Un deuxième système auquel nous nous rallions plus volontiers, admet que la communauté doit récompense à l'époux propriétaire du fonds pour les frais de semence et de culture. En effet, c'est encore là une application de l'art. 1437 qui défend à la communauté de s'enrichir aux dépens des époux, de même qu'elle défend à ceux-ci de s'enrichir aux dépens de la communauté. Nous ne sommes plus ici dans le cas de la communauté légale; l'argent dépensé par l'époux pour les frais de semence et de culture, lui serait resté propre. Il a donc enrichi la communauté et, par consé-

quent, celle-ci lui en doit récompense (Rodière et Pont, t. II, n° 1239).

D'ailleurs le premier système nous paraît être dans l'erreur quand il interprète en sa faveur la volonté de l'époux propriétaire. En effet, l'époux en stipulant la communauté réduite aux acquêts semble bien avoir voulu se réserver tous ses biens présents, et ne mettre en commun que des biens pouvant lui advenir après le mariage. La communauté ne l'indemnisant pas des dépenses qu'il a faites pour la production des fruits, sa volonté se trouverait donc méconnue, puisqu'une partie des biens qu'il possédait avant le mariage aurait profité à la communauté.

II. PRODUITS DE L'INDUSTRIE DES ÉPOUX

Les produits de l'industrie peuvent être variés à l'infini. Avant de les examiner successivement, il convient de bien fixer le principe qui régit la matière.

L'art. 1498 parle en effet des acquêts provenant *de l'industrie commune des deux époux*. On pourrait être tenté de croire qu'il n'y a que les biens acquis par les deux époux travaillant en commun qui tombent dans la communauté. Mais cette interprétation serait beaucoup trop étroite. Pourvu que le travail ait eu lieu pendant le mariage, tous les profits réalisés par les époux, en commun ou séparément, tombent dans la communauté.

Pour ce qui est du travail manuel, il n'y a pas de difficulté : la règle s'applique dans toute son intégrité. Pour le travail intellectuel, la question est plus délicate et mérite d'être examinée avec attention.

On admet généralement aujourd'hui que la communauté réduite aux acquêts est propriétaire des compositions scientifiques, littéraires et artistiques, faites par les époux au cours du mariage. On a abandonné la théorie de Pothier, qui pensait que ces compositions étaient des choses inestimables et devaient rester propres à leur auteur (Pothier, *Communauté*, 682).

Aujourd'hui on envisage plutôt le point de vue pratique et commercial de la chose. Une composition littéraire ou artistique peut se convertir en argent ; par conséquent, c'est un produit de l'industrie de l'un des deux époux ou même des deux réunis, et cela doit tomber dans l'actif de la société d'acquêts (Aubry et Rau, t. V, § 522 ; Rodière et Pont, t. II, 1242).

Ce que nous venons de dire s'applique également aux inventions faites par les époux, aux récompenses qui leur sont accordées, aux gratifications qu'ils reçoivent de leurs chefs. Tout cela, en effet, représente un produit du travail.

Pour les offices ministériels, il faut faire des distinctions.

On doit d'abord observer que la question ne peut se poser que quant à la valeur vénale de l'office.

En effet, le titre même d'un office est par sa nature

en dehors du commerce, et ne peut par conséquent tomber dans la société d'acquêts.

Supposons d'abord que le mari soit propriétaire de l'office au moment du mariage. La valeur de l'office lui restera propre. Il en serait autrement sous le régime de la communauté légale, car les offices ministériels sont considérés par le Code comme des meubles ; et nous avons vu que sous ce régime le mobilier présent tombait dans la communauté ; au contraire il est exclu de la société d'acquêts.

Mais si l'office venait à augmenter de valeur pendant le mariage, qui profiterait de cette plus-value ?

Si, par exemple une étude de notaire, achetée 200,000 fr. avant le mariage, a atteint depuis une valeur de 300,000 fr., ces 100,000 fr. de plus-value tomberont-ils dans la communauté, ou resteront-ils propres au mari ?

Il faut distinguer ici deux cas :

Si la plus-value est due uniquement au hasard, par exemple à une augmentation de valeur des offices en général, il est certain que les 100,000 fr. resteront propres du mari.

Si c'est grâce à l'intelligence et à l'activité du mari que l'office a augmenté de valeur, il nous semble qu'on doit donner une solution différente. En effet, cette plus-value est due à l'industrie du mari ; or nous avons vu que les bénéfices résultant du travail des époux tombaient dans la communauté

(Bordeaux, 29 août 1840, Sir., 41, 2, 142 ; Paris, 8 avril 1869).

D'après un autre système, cette plus-value ne constitue pas un objet séparé distinct de l'office lui-même : elle fait partie intégrante de l'office. Par conséquent elle ne doit pas plus tomber dans la communauté que l'office lui-même (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 7).

Il faut remarquer que, dans tout ce que nous venons de dire, si la communauté n'est pas propriétaire de l'office, elle profite de tous les bénéfices qu'il peut rapporter.

Supposons maintenant que l'office a été acquis par le mari postérieurement à la célébration du mariage. Nous ferons encore là une distinction.

Il faut examiner avec quelles valeurs l'office a été acheté. Si c'est la communauté qui a fourni l'argent, la valeur vénale de l'office tombera dans la société. Si au contraire le mari a acheté l'office avec l'argent provenant de la vente d'un de ses propres, et s'il y a déclaration de remploi, on considérera qu'il y a là une véritable subrogation.

Enfin l'office peut être concédé gratuitement au mari pendant le mariage. Tombera-t-il dans la communauté ?

D'après un système, l'office doit rester propre au mari. On ne peut, dit-on, voir là un produit de l'industrie ; c'est simplement un acte de libéralité de la part

du chef de l'Etat. Or les dons de fortune ne tombant pas dans la communauté d'acquêts, l'office ainsi concédé devra rester propre à son titulaire (Bordeaux, 2 juillet 1840; Sirey, 40, 2, 398).

Nous préférons nous ranger du côté de l'autre système qui réunit d'ailleurs l'assentiment d'un grand nombre d'auteurs. D'après ce système, l'office concédé gratuitement au mari doit entrer dans la société d'acquêts. La nomination à des fonctions publiques ne peut être considérée, ni comme un don de fortune pour celui qui en est investi, ni comme une pure libéralité de la part du chef de l'Etat. Ou doit en effet supposer que les offices sont conférés aux personnes qui en sont dignes, soit par leur mérite, soit par les services qu'elles ont rendus. On peut donc jusqu'à un certain point envisager la nomination à un office comme étant, en partie du moins, le fruit de l'industrie de l'époux auquel cet office a été conféré; le terme *industrie* étant pris avec l'acceptation étendue qu'il a dans cette matière (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 6; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1251; Troplong, III, 1874).

Pour les fonds de commerce, de même que pour les offices, il faut faire des distinctions.

Si l'époux était commerçant avant le mariage, le fonds de commerce lui restera propre; il n'y aura que les gains qui tomberont dans la société d'acquêts.

Si le fonds augmente de valeur pendant le mariage,

nous donnerons la même solution que pour les offices.
La question est d'ailleurs également controversée, D'après le système que nous croyons devoir adopter, la communauté doit profiter de la plus-value. C'est encore là en effet un produit de l'industrie des époux. L'autre système, au contraire, conserve à l'époux propriétaire du fonds de commerce toutes les augmentations de valeur de ce fonds, en s'appuyant sur le principe général : *accessorium sequitur principale*.

La plus-value, dit-on dans ce système, n'est pas un objet séparé; c'est une partie inhérente au fonds lui-même.

Si le fonds de commerce a été acheté par l'époux pendant le mariage, il tombera en toute propriété dans l'actif de la société d'acquêts.

Nous allons maintenant parler des dons de fortune.

En principe, les dons de fortune sont exclus de la société d'acquêts. Mais il faut toujours examiner si on ne peut pas trouver là même indirectement le résultat de l'industrie des époux, ou si on est réellement en présence d'un pur hasard.

Prenons d'abord le trésor découvert par l'un des époux en travaillant à son métier habituel, un terrassier par exemple.

La question est controversée. D'après plusieurs auteurs, le trésor reste propre à l'époux qui l'a découvert. En effet, dit-on, l'art. 1498 n'attribue à la communauté que les biens provenant de l'industrie ou

de l'économie des époux; or l'invention d'un trésor ne rentre dans aucune de ces deux causes : c'est un pur don du hasard (D. de Folleville, *Soc. d'acquêts*; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1245).

Nous ne croyons pas devoir admettre cette opinion. Les purs dons du hasard ne tombent pas dans la communauté, c'est bien évident; mais il n'y a pas là uniquement un don du hasard. C'est en travaillant à son métier que l'époux a mis au jour le trésor; sans ce travail la découverte n'aurait pas eu lieu. Or ce travail appartenait à la société d'acquêts; par conséquent cette société doit profiter de la découverte (Troplong, *Cont. de mar.*, 1871).

Nous donnerions une solution opposée si l'époux n'avait été pour rien dans la découverte, par exemple si un trésor s'était trouvé subitement mis au jour dans son fonds par suite d'un éboulement fortuit.

Le lot gagné à la loterie tombe-t-il dans la communauté, ou reste-t-il propre à l'époux qui était propriétaire du billet?

Si le billet a été pris avant le mariage, le lot restera propre à l'époux qui l'avait acheté, quand même le tirage n'aurait eu lieu qu'après la célébration du mariage. En effet, le billet a été payé avec des valeurs qui lui appartenaient en propre.

Si au contraire le billet n'a été pris qu'après la célébration du mariage, on n'est pas d'accord. Certains auteurs ne font tomber le lot dans la communauté que

s'il est prouvé que c'est elle qui a fourni l'argent nécessaire à l'acquisition du billet ; le lot est alors considéré comme le prix du risque qu'elle a couru de perdre la somme payée pour le billet de loterie (Pothier, *Comm* , n° 323 ; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1247).

L'opinion contraire nous semble préférable. Nous admettons que le lot doit en principe tomber dans la communauté. En effet, la distinction admise par le système précédent est contraire à la présomption générale que toutes les sommes dépensées par l'un des époux ont été puisées dans la caisse commune ; cette distinction doit donc être rejetée, puisqu'il y a toujours là une convention aléatoire dont le bénéfice éventuel doit appartenir à la communauté (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 9 ; Troplong, *Cont. de mar.*, 1872).

Une autre question se pose pour les gains faits au jeu par les époux ou par l'un deux.

D'abord, s'il s'agit d'un jeu où l'adresse seule peut décider, par exemple un tir à la carabine, ou bien d'un jeu résidant tout entier dans le calcul, comme les échecs, il est évident que le gain doit tomber dans la communauté, car il y a bien là un produit de l'industrie.

Mais la question est beaucoup moins simple s'il s'agit de jeux de hasard. Néanmoins, nous admettons encore que la communauté doit profiter des bénéfices réalisés dans ces jeux. C'est l'opinion de Troplong, le-

quel nous dit : « J'ai vu des joueurs faire une science du jeu, et y porter les calculs, les suites, l'étude, qui servent au succès d'une industrie » (Troplong, *Cont. de mar.*, t. III, 1872).

On nous objecte dans un autre système qu'on ne peut considérer comme un travail le fait de tenir des cartes ou de rouler des dés. Ce n'est pas là, dit-on, le produit d'un travail proprement dit ; on ne peut donc comprendre ces bénéfices dans l'actif de la société d'acquêts (Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1248).

Evidemment ce n'est pas là un véritable travail ; c'est même une chose peu morale en elle-même ; la loi d'ailleurs n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari (art. 1965). Mais c'est justement de là que nous tirons argument pour faire tomber dans la communauté les gains résultant du jeu. En effet l'époux, qui a gagné, pour reprendre son gain, serait obligé d'alléguer un motif honteux que repousse la loi. Il ne pourrait être admis à faire la preuve de son gain, d'après le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Il vaut donc bien mieux laisser le gain dans la communauté, puisqu'il ne pourrait en être facilement distingué (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 8).

Nous avons indiqué les biens dont se compose la société d'acquêts. Il nous sera maintenant facile de voir ceux qui restent propres aux époux.

Quant aux meubles futurs, nous avons vu qu'il n'y avait que le mobilier acquis grâce à l'industrie des époux ou avec l'argent provenant de leurs économies qui tombait dans la société.

Sont donc exclus de la société :

1° Tous les meubles qui sont échus aux époux pendant le mariage à titre gratuit, c'est-à-dire par donation entre-vifs, par succession ou par testament ;

2° Tous les meubles acquis aux époux par un véritable don de fortune, sans qu'on puisse y voir même indirectement un produit de l'industrie des époux ;

3° Les meubles acquis à titre d'échange contre un propre de l'un des époux. Il y a là en effet une véritable subrogation.

Voyons maintenant quels sont les propres immobiliers.

Sont exclus de la société d'acquêts :

1° Les immeubles dont l'un des époux était propriétaire ou même possesseur avant le mariage (article 1402).

2° L'immeuble acquis conjointement par les futurs époux dans l'acte même qui renferme leurs conventions matrimoniales. Chacun des époux en sera propriétaire pour moitié. En effet, il n'y a pas là un produit de l'industrie des époux ; l'immeuble ne peut pas non plus avoir été acheté avec les économies réalisées sur les revenus des époux puisque la communauté n'existait pas encore.

3° L'immeuble acquis pendant le mariage par donation, succession ou testament (art. 1405).

4° L'immeuble acquis aux époux par un véritable don de fortune. Nous ferons ici la même observation que pour le mobilier. Il faut pour que l'immeuble reste propre que son acquisition ne puisse, à aucun point de vue, être considérée comme provenant du travail des époux.

5° L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre un immeuble appartenant à l'un des époux (art. 1407). Comme nous l'avons vu pour les meubles, il y a encore là une véritable subrogation. Mais il faut faire une distinction. Si l'immeuble acquis pendant le mariage en échange de celui que l'époux possédait auparavant était d'une valeur de beaucoup supérieure à celle de ce dernier, nous ne verrions plus là un échange mais une véritable vente. L'immeuble devrait donc tomber dans la communauté, car il serait supposé jusqu'à preuve contraire acquis des derniers communs. Si au contraire la différence de valeur entre les deux immeubles n'est pas trop élevée, l'immeuble restera propre à l'époux. Il sera néanmoins dû récompense, soit à la communauté par cet époux, soit à lui par la communauté, pour la soulte payée par l'un ou l'autre et représentant la différence de prix entre les deux immeubles.

6° L'immeuble acquis en remploi de deniers provenant de la vente d'un immeuble propre à l'un des

époux. Cet immeuble reste propre à l'époux, mais il faut pour cela se conformer aux prescriptions des articles 1434 et 1435. Quand il s'agit d'un remploi fait à l'égard du mari, celui-ci doit déclarer que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble, et pour lui tenir lieu de remploi.

Si c'est au profit de la femme que le remploi a été fait, cette déclaration ne suffit pas ; il faut en outre que la femme y donne son acceptation formelle.

PASSIF

En ce qui concerne le passif de la société d'acquêts, on devra suivre le principe qui régit la communauté légale : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*.

En effet le passif d'une société doit toujours se trouver en corrélation avec son actif. Nous devons donc, pour indiquer les dettes que la société d'acquêts doit définitivement supporter, nous reporter à l'actif de cette société.

D'après l'art. 1498, lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté les dettes de chacun d'eux présentes et futures.

Dettes présentes. — Toutes les dettes contractées par un époux avant la célébration du mariage lui res-

tent propres. Et il n'importe que ces dettes soient pures et simples, à terme ou conditionnelles. Si le terme arrive pendant le mariage, la communauté ne sera pas tenue pour cela d'acquitter la dette.

Ce qu'on doit considérer, ce n'est pas l'échéance de la dette ; c'est l'époque de la naissance même de cette dette qui a eu lieu alors que le mariage n'existait pas encore. Le terme, en effet, n'empêche pas la dette d'exister ; il ne fait qu'en retarder l'exigibilité.

La même solution doit être donnée pour les dettes conditionnelles. Bien que la condition ne se réalise que pendant le mariage, si la dette a été contractée par l'un des époux avant la célébration, elle devra lui rester propre, en vertu de la rétroactivité des conditions.

Il y a certaines dettes qui au premier abord sembleraient devoir tomber à la charge de la communauté, et qui cependant restent propres à l'époux débiteur. Supposons par exemple un jugement rendu pendant le mariage et condamnant un des époux à une amende ou à des dommages-intérêts, à raison d'un délit commis par lui avant le mariage. Une semblable dette paraît bien née au cours du mariage, puisqu'elle n'existe que par le jugement de condamnation.

Et cependant elle ne tombera pas dans la communauté, car sa cause remonte en réalité au délit, c'est-à-dire à une époque où la communauté n'existait pas. Le jugement ne fait qu'en déclarer l'existence et en fixer le taux.

Il en est de même pour un ouvrage commandé avant le mariage par un des époux à des ouvriers et que ceux-ci ne livrent qu'après. Là encore l'époux restera seul tenu du prix, car cette dette a son origine dans une convention antérieure au mariage.

Dettes futures. — Pour les dettes futures, il ne faut pas prendre à la lettre l'exclusion de l'art. 1498.

Il faut simplement entendre par là le passif correspondant à l'actif qui ne rentre pas dans la communauté. Telles sont les dettes grevant les donations ou successions qui étoient aux époux pendant le mariage (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 23 ; Troplong, *Cont. de mar.*, t. III, 1890).

Voyons donc quelles sont les dettes qui grèvent la société d'acquêts.

Prenons l'art. 1409 qui règle le passif de la communauté légale, et étudions-en successivement les alinéas.

« La communauté se compose passivement :

« 1^o De toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment de leur mariage, ou dont se trouvent chargées les successions qui leur étoient pendant le mariage. »

Nous avons déjà vu que ces dettes ne tombent pas dans la communauté réduite aux acquêts, en vertu du principe : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*.

Si ces dettes grèvent la communauté légale, c'est comme charge de l'actif correspondant qui profite à la communauté (art. 1401).

Les alinéas suivants s'appliquent à la communauté d'acquêts comme à la communauté légale.

« 2° Des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme du consentement de son mari, sauf la récompense dans le cas où elle a lieu. »

Le mari étant le chef de la communauté est libre de disposer des biens communs comme il l'entend.

Pourvu qu'il n'agisse pas exclusivement dans son intérêt personnel, il peut payer avec ces biens toutes les dettes qu'il contracte pendant le mariage, alors même qu'elles ne seraient pas contractées dans l'intérêt de la communauté. Mais si le mari, ou la femme autorisée par lui emploie les biens communs à dégrever des biens propres, il est dû récompense à la communauté (art. 1437).

Le mari peut employer les biens communs à doter un enfant né du mariage (art. 1439) (Troplong, *Cont. de mar.*, t. III, 1894).

Si l'un des époux dote avec les biens communs un enfant qu'il a eu d'un précédent mariage, la communauté a droit à récompense (art. 1437).

La femme autorisée par son mari oblige également la communauté par les dettes qu'elle contracte. Elle peut agir, soit en vertu d'une autorisation spéciale, soit en vertu d'une autorisation générale, dans le cas où elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce. En dehors de ces cas, la

communauté n'est pas tenue des dettes contractées par la femme (art. 1426), Toutefois, l'art. 1427 lui permet d'agir exceptionnellement, avec l'autorisation de justice, sans le consentement de son mari, dans deux cas particuliers. Ainsi, les dettes que la femme contracte pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement des enfants communs en l'absence du mari, grèvent la communauté, si elle a obtenu de la justice l'autorisation de les contracter.

« 3° Des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux. »

C'est encore une application de la règle : *ubi emolumentum*, etc. La communauté percevant les fruits des biens des époux doit, selon toute justice, payer l'intérêt du passif.

« 4° Des réparations usufruituaires des immeubles qui n'entrent point dans la communauté. »

Nous trouvons encore ici la même raison. La communauté ayant la jouissance des immeubles doit par cela même en payer les réparations, du moins celles qui tombent à la charge d'un usufruit ordinaire. On pourrait même étendre cette disposition à la réparation des propres mobiliers, car la société d'acquêts en a également l'usufruit.

« 5° Des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute autre charge du mariage. »

Nous avons déjà vu que la communauté avait droit à récompense quand elle avait fait les frais de dépenses intéressant les époux exclusivement, soit pour dégrever un immeuble, soit pour doter un enfant du premier lit. Il y a encore un cas où la caisse sociale doit être indemnisée ; c'est celui où elle a payé les dettes d'une succession échue à l'un des époux pendant le mariage. Et ici il n'y a plus à distinguer, comme dans la communauté légale, si la succession est mobilière ou immobilière : la société d'acquêts ne retirant aucun profit des successions qui viennent à échoir aux époux, ne doit également supporter définitivement aucune des charges qui grèvent ces successions.

Enfin, en ce qui concerne les dettes contractées antérieurement au mariage par les époux, la société d'acquêts qui les paye doit être indemnisée, sans qu'il y ait à distinguer entre les dettes mobilières et les dettes immobilières.

Nous avons vu quelles étaient les dettes de la communauté. Il faut examiner maintenant quel est le droit de poursuite des créanciers personnels des époux. Nous distinguerons entre les créanciers du mari et ceux de la femme.

Créanciers du mari. — Tant que dure le mariage, les créanciers du mari peuvent le poursuivre sur les biens communs. En effet, le principe d'après lequel les biens communs sont censés, tant que dure la communauté, former au regard des tiers partie intégrante

du patrimoine du mari, ne souffre aucune modification par l'effet de la réduction de la communauté aux acquêts. Mais comme ce principe ne peut plus recevoir d'application après la dissolution de la communauté, on doit en conclure qu'à partir de cette époque, les créanciers personnels du mari ne sont plus admis à agir que sur la moitié des biens communs afférente à leur débiteur, à supposer que le mobilier de ce dernier ait été régulièrement constaté (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 24; Troplong, III, 2044 et 2045).

Créanciers de la femme. — Pour les créanciers de la femme, il faut distinguer deux cas :

Si le mobilier que la femme a apporté ou qui lui est échu a été constaté par un inventaire ou état authentique, les créanciers ne peuvent poursuivre que la nue propriété de ses biens ; en effet, il n'y a aucune confusion possible avec les biens communs. Si au contraire il n'a été fait ni inventaire ni état authentique, les créanciers sont admis à exercer leurs poursuites sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier non inventorié du mari (art. 1510) (Aubry et Rau, t. V, § 522).

ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

BIENS COMMUNS

Quant à l'administration des biens, il n'y a rien de particulier au régime de la société d'acquêts. On doit suivre toutes les règles de la communauté légale, règles que nous allons exposer rapidement.

Le mari est maître absolu des biens de la communauté. Il administre seul ces biens; il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le secours de sa femme (art. 1421).

Comme actes d'administration, il interrompt les prescriptions, fait courir les intérêts, fait faire des réparations, passe des baux.

Comme actes de disposition, il aliène et hypothèque les biens communs, sans aucune autorisation de la part de la femme. Celle-ci n'a que le secours de la séparation de biens si le mari dissipe notoirement les biens de la communauté.

Il peut disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (art. 1422, al. 2).

Mais il ne peut disposer entre-vifs à titre gratuit des

immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs (art. 1422, al. 1).

On s'est demandé si le mari pouvait faire, avec le concours de sa femme, ce qu'il ne pouvait faire seul, c'est-à-dire donner des immeubles, des universalités de meubles, donations que lui défend l'art. 1422. Nous croyons qu'il le peut, car le mari et la femme sont des associés qui peuvent faire, quand ils sont d'accord, tous les actes sociaux. La loi d'ailleurs ne le leur défend pas expressément. On peut objecter que la femme dominée par le mari prêterait facilement son concours ; mais ce qui prouve que le législateur ne redoute pas les abus d'influence du mari sur sa femme dans le régime de la communauté, c'est qu'il va jusqu'à permettre à la femme de renoncer au profit de son mari à l'hypothèque légale qui lui garantit ses reprises. A plus forte raison doit-il être permis à la femme de valider par son concours les donations que le mari consent des biens de la communauté.

Le mari ne peut donner par testament au delà de sa part dans la communauté. S'il a donné en cette forme un effet de la communauté, le légataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par suite du partage, tombe dans le lot des héritiers du mari. Si l'effet tombe au contraire dans le lot de la femme, le légataire a droit à la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la

communauté, et sur les biens personnels de ce dernier (art. 1423).

Le mari exerce seul, comme demandeur ou comme défendeur, toutes les actions qui ont trait aux biens communs. Il peut même intenter seul toutes les actions qui appartiennent à la communauté comme usufruitière des propres de la femme. Mais dans ce cas les tiers poursuivis peuvent provoquer la mise en cause de la femme, afin de pouvoir lui opposer les jugements rendus contre le mari.

BIENS PROPRES

Les biens propres se divisent en deux classes : les propres du mari et les propres de la femme.

Quant aux propres du mari, nous n'avons rien à en dire ici. En tant que propriétaire, il peut les administrer et en disposer d'une façon absolue, en vertu des droits que lui confère l'art. 544. La seule restriction qui lui est imposée, c'est de ne pas en faire un usage contraire aux lois et aux règlements.

Nous ne nous occuperons donc ici que des propres de la femme.

Les immeubles de la femme sont administrés par le mari suivant les règles de la communauté légale ; il n'y a rien de particulier quant à leur administration dans la société d'acquêts. Le mari a l'exercice des actions

possessoires. Quant aux actions pétitoires, la loi les lui refuse implicitement, puisque l'art. 1428 ne lui accorde que les actions mobilières et les actions immobilières possessoires. Par conséquent, tout ce qui sera jugé pour ou contre le mari au possessoire sera opposable par la femme ou pourra lui être opposé. Mais s'il s'agit d'une action pétitoire engagée par le mari sans l'autorisation de sa femme, le jugement rendu pour ou contre lui sera à l'égard de cette dernière *res inter alios acta*.

Le mari ne peut aliéner les immeubles de sa femme sans le consentement de celle-ci (art. 1428, al. 3). Au premier abord, cette disposition paraît peu compréhensible. Il est évident que le mari ne peut aliéner en son propre nom une chose qui ne lui appartient pas. Voici l'interprétation qu'on doit donner de cet article : Le mari qui est censé avoir reçu mandat de sa femme pour administrer les biens de la communauté et en disposer, n'a, quant aux immeubles propres de la femme, reçu mandat de celle-ci que pour les administrer et non pour les aliéner. Si les époux veulent en disposer, c'est la femme qui doit aliéner avec l'autorisation de son mari.

Le mari est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires (art. 1428, al. 4). Il doit faire les réparations d'entretien qui sont une charge de la jouissance des immeubles propres de la femme. Quant aux

grosses réparations, il a le devoir de veiller à ce qu'elles soient faites; mais la communauté qui en a fourni le prix a droit à une récompense.

Le mari doit également faire les actes interruptifs de prescription, en ce qui touche les immeubles de la femme. Cela résulte de l'art. 1428, et en outre de l'article 2254 qui est ainsi conçu : « La prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit pas séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari. »

Le mari ayant l'administration des biens de sa femme a le droit de les donner à bail. Il y a pourtant une restriction. L'art. 1429 nous dit : Les baux que le mari seul a fait des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans ne sont, en cas de dissolution, obligatoires, vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite; de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. »

Nous déciderons *a contrario* que le bail consenti par le mari et la femme est complètement obligatoire pour les parties, même après la dissolution de la communauté, quelle que soit la durée pour laquelle il a été stipulé.

Nous avons vu que l'administration des immeubles,

par le mari, sous le régime de la société d'acquêts ne différerait aucunement de celle qui est réglée par le Code dans la section de la communauté légale. Occupons-nous maintenant des meubles.

Il résulte de l'art. 1498 que la femme, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, se réserve la propriété de tout le mobilier qu'elle apporte ou qui pourra lui échoir pendant le mariage par donation ou succession. Il faut faire trois exceptions seulement.

Tombent dans la communauté à charge de reprise de leur valeur.

1° Les choses qui se consomment *primo usu* ;

2° Les objets destinés par leur nature à être vendus ;

3° Les objets livrés au mari sur estimation, sans déclaration que cette estimation ne vaut pas vente.

Ces trois espèces de biens tombent donc dans la communauté, et deviennent la propriété du mari qui a le droit d'en disposer comme bon lui semble.

Mais quelle est l'étendue des pouvoirs du mari en ce qui concerne les propres mobiliers de la femme ?

La question est controversée.

Un premier système reconnaît au mari le pouvoir d'aliéner les propres mobiliers de sa femme, en tant qu'administrateur et chef de la société d'acquêts.

Dans ce système, on s'appuie sur l'art. 1428 qui accorde au mari l'exercice des actions mobilières qui appartiennent à la femme. De plus l'alinéa suivant lu

défend d'aliéner les immeubles de la femme ; par conséquent, dit-on, c'est qu'il peut aliéner les meubles (Pothier, *Communauté*, 325).

Nous préférons le second système qui refuse au mari le pouvoir d'aliéner les meubles propres de sa femme. Le principe en effet est qu'un bien ne peut être aliéné sans le consentement de son propriétaire. Or, dans ce cas, les meubles sont la propriété de la femme ; le mari qui n'a sur eux qu'un pouvoir d'administration ne peut donc les aliéner sans son consentement.

A cela, les partisans du premier système répondent en opposant l'alinéa 2 de l'art. 1428 qui, en accordant au mari l'exercice des actions mobilières de sa femme, semble bien lui accorder le droit de disposer des meubles auxquels ses actions sont relatives.

Cet argument ne nous paraît pas concluant.

De ce que le mari a l'exercice des actions mobilières de sa femme, il ne résulte pas nécessairement qu'il ait le droit d'aliéner son mobilier propre. Nous trouvons en effet dans l'art. 1531 que le mari, administrateur des biens de sa femme, a le droit de percevoir tout le mobilier que la femme apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par la justice. L'art. 1531 s'applique évidemment aux créances comme aux meubles corporels. Le mari a donc l'exercice des actions mobilières de sa femme ; et cependant

il ne peut disposer des meubles sans le consentement de celle-ci, puisque cet article nous dit qu'il doit en faire la restitution à la dissolution du mariage.

Nous maintenons donc le principe qu'un administrateur ne peut jamais aliéner des meubles sans qu'une clause expresse lui ait concédé ce droit; or cette clause nous ne la trouvons nulle part.

En fait, toutefois, si le mari vend seul les meubles de sa femme, les tiers acquéreurs pourront opposer la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre*.

Mais il faudra encore qu'ils se trouvent dans des conditions où l'art. 2279 peut s'appliquer; c'est-à-dire qu'il faudra : 1° la bonne foi de l'acquéreur; 2° une mise en possession réelle de la chose. De plus l'article ne s'appliquerait pas si la vente avait porté sur des meubles incorporels ou sur des universalités mobilières.

Nous avons terminé l'étude de la période de fonctionnement de la société d'acquêts. Avant de nous occuper de la dissolution de cette société, nous avons à traiter un sujet important, la constatation des apports de chaque époux, qui doit servir à prouver les droits respectifs du mari et de la femme, et leur permettre de distinguer les biens de la communauté de leurs biens propres.

DE LA CONSTATATION DES APPORTS

Dans la communauté réduite aux acquêts, de même que dans la communauté légale, tout bien est réputé acquêt. Il en résulte que si les époux ne peuvent prouver leur droit de propriété sur les propres mobiliers ou immobiliers, tout tombera dans la communauté et formera la masse partageable. C'est pour remédier à ces inconvénients qu'on a l'habitude de recourir à des formalités spéciales que nous allons étudier.

Quant aux immeubles, nous aurons peu de chose à en dire. « Tout immeuble, dit l'art. 1402, est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. » Or, ces preuves se font très facilement, par suite de la stabilité et de la nature même des immeubles. Nous n'aurons donc pas à nous en occuper spécialement.

Mais il en est différemment des meubles qui, se déplaçant très facilement, peuvent très bien, au bout d'un certain temps, ne plus se distinguer les uns des autres. Comment alors reconnaître ceux qui ont été apportés par les époux en se mariant ou qui leur sont échus

pendant le mariage à titre de succession ou donation, c'est-à-dire ceux qui doivent leur rester propres, de ceux qui ont été acquis pendant le mariage par l'industrie des époux ou les économies faites sur leurs revenus, et qui, par conséquent, doivent tomber dans l'actif commun ?

Si l'on n'avait pas établi certains modes de preuve, il y aurait là des difficultés inextricables et des sources infinies de contestations.

Nous allons étudier les modes de justification des apports mobiliers, à l'égard des tiers et à l'égard des époux. Pour cela, nous diviserons notre étude en deux sections : dans la première, nous traiterons du mobilier existant lors du mariage ; dans la seconde, du mobilier échu pendant le mariage à l'un des époux.

I. MOBILIER EXISTANT LORS DU MARIAGE

Preuve des apports à l'égard des tiers. — L'art. 1499 pose la règle suivante :

« Si le mobilier existant lors du mariage n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. »

Nous voyons donc là deux modes de preuve, un inventaire et un état en bonne forme. Qu'arrivera-t-il si aucune de ces deux formalités n'a été remplie ? Le mobilier tombera dans la communauté. En effet, les tiers ont dû croire que le mobilier était commun et agir en conséquence. La négligence des époux ne doit pas leur nuire.

Si l'inventaire a été dressé seulement après le mariage, la même solution doit être donnée. En effet, l'art. 1510 nous dit que si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique *antérieur* au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté.

Que décider si les époux ont fait rédiger en temps utile un inventaire sous seing privé? Il nous semble bien encore qu'on doit faire tomber le mobilier dans la communauté. En effet, l'art. 1510 est formel à l'égard des tiers (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 29).

Preuves des apports entre époux. — On a soutenu qu'entre époux les art. 1499 et 1510 devaient également s'appliquer. L'époux, a-t-on dit, est censé avoir fait don à la société conjugale de son mobilier, puisqu'il lui était facile de se le réserver en propre en se conformant aux dispositions peu gênantes de la loi.

Mais on admet généralement que s'il se trouvait dans le contrat de mariage des constatations suffisamment explicites, pouvant faire reconnaître facilement le mobilier propre de chaque époux, le défaut d'inventaire se trouverait ainsi suppléé.

Nous croyons même qu'il en serait ainsi, si les époux avaient fait, peu de temps après leur mariage, dresser un inventaire ou un état détaillé de leurs pro-

pres respectifs. On ne peut faire résulter du défaut d'inventaire l'intention de la part d'un époux de faire don de son mobilier à l'autre, puisque le fait même d'avoir adopté la communauté d'acquêts entraînait la volonté pour chacun d'eux de garder son mobilier présent en toute propriété.

Mais ira-t-on jusqu'à permettre aux époux de constater leurs apports au moyen de la preuve testimoniale ou de la commune renommée ?

Divers systèmes sont en présence.

Dans une première opinion, on applique l'art. 1504 qui est ainsi conçu : « Le mobilier qui échoit à l'un des époux pendant le mariage doit être constaté par un inventaire. A défaut d'inventaire du mobilier échu au mari, ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise. Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobilier » (Toullier, t. XIII, n° 305).

Ce système, on le voit, ne distingue pas entre le mobilier apporté par les époux en se mariant, et le mobilier échu aux époux pendant le mariage.

Un second système admet que l'art. 1499 n'a établi qu'une simple présomption en disant qu'à défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme le mobilier sera réputé acquêt. La preuve contraire peut être faite par

titres antérieurs ou postérieurs au mariage, et même par témoins ou commune renommée. C'était, dit-on, la règle suivie par l'ancienne jurisprudence, notamment par le Parlement de Bordeaux, dans le ressort duquel il était rare qu'on fit inventaire. C'était également l'avis de Pothier, lequel, dans son *Traité de la communauté* dit : « Lorsqu'il n'y a aucun acte par lequel on puisse justifier la qualité du mobilier que les conjoints ou l'un des conjoints avaient lors du mariage, on en admet la preuve par commune renommée. » On ne voit pas, dit-on dans ce système, pourquoi le Code aurait voulu déroger à cette sage jurisprudence qui permettait aux époux de manifester leur volonté par tous les moyens possibles, sans se renfermer dans la règle étroite de l'inventaire (Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1273).

Il existe enfin un troisième système auquel nous nous rallions de préférence aux deux autres. Nous écarterons d'abord le premier système qui applique purement et simplement l'art. 1504, sans faire de distinction entre le mobilier existant lors du mariage et celui qui échoit aux époux depuis la célébration par succession ou donation. La situation des époux est bien différente dans les deux cas. Les dispositions de l'art. 1504 s'expliquent par l'état de dépendance où se trouve la femme pendant le mariage vis-à-vis de son mari. Si on permet à la femme de prouver par témoins et même par commune renommée, la con-

sistance du mobilier qui vient à lui échoir pendant le mariage, c'est qu'il lui serait bien difficile de faire dresser un inventaire de ce mobilier dans le cas où son mari s'y opposerait absolument. Mais avant le mariage elle est dans un état complet d'indépendance vis-à-vis de son futur époux. Elle n'est donc pas plus excusable que ce dernier si elle néglige de faire procéder à un inventaire constatant ses apports.

Le second système, quoique plus conforme à l'équité naturelle, ne nous paraît cependant pas davantage devoir être suivi. Il offre d'abord l'inconvénient de faire naître entre époux une source de difficultés sans bornes, quand il s'agira de distinguer les apports de chacun d'eux, difficultés qui seront évitées si on applique l'art. 1499. D'ailleurs, à un point de vue purement juridique, il est de droit commun que la preuve testimoniale ne peut être admise que lorsqu'il a été impossible aux parties de se procurer une preuve par écrit. Or rien n'empêchait les époux de faire dans leur contrat de mariage un inventaire constatant leurs biens mobiliers, ou tout au moins une énumération suffisamment claire de ces biens (Duranton, t. XV, n° 16; Troplong, 1882).

Nous n'admettons donc pas la preuve testimoniale.

Mais si on exige un inventaire ou un état du mobilier, on est généralement d'accord pour reconnaître que cet inventaire ou cet état, fait peu de temps après le mariage, suffit pour établir la consistance des pro-

pres mobiliers et les empêcher de tomber dans la communauté. En effet, les dispositions rigoureuses de l'article 1510 ont surtout en vue l'intérêt des créanciers des époux. D'ailleurs la constatation du mobilier faite peu de temps après le mariage n'est pas à proprement parler une atteinte au contrat, elle est plutôt une sorte de mise à exécution des conventions matrimoniales.

Néanmoins les juges auront à apprécier les circonstances de fait, et à reconnaître si la bonne foi de la femme n'a pas été surprise, surtout si c'est le mari qui produit l'inventaire.

II. MOBILIER ÉCHU A L'UN DES ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE

Preuve des apports à l'égard des tiers. — L'art. 1499 exige encore un inventaire ou état en bonne forme pour la constatation de ce mobilier. L'art. 1510 est d'ailleurs formel sur ce point; l'alinéa 3 de cet article porte en effet : « Les créanciers ont le même droit (le droit de poursuivre leur payement sur le mobilier de la communauté) sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique. »

Nous n'admettons ici aucune preuve qui puisse suppléer au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme. En effet, les créanciers ont pu croire que ces biens fai-

saient partie de la communauté. Il ne faut donc pas qu'ils souffrent de la négligence des époux. Mais si la femme poursuivie a payé, on admet qu'elle a une action en récompense contre la communauté.

Preuve des apports entre époux. — Si le mobilier échu à la femme n'a pas été constaté pendant le mariage par un inventaire ou état authentique, elle a le droit, à la dissolution de la communauté, d'établir la consistance de ce mobilier par titres, témoins, ou commune renommée. Si la communauté a été dissoute par la mort de la femme, ses héritiers ont le même droit (art. 1504, al. 3).

Nous avons vu plus haut que ces moyens de preuve étaient accordés à la femme, par suite de la difficulté où elle pourrait se trouver dans certaines circonstances de faire dresser un inventaire.

Si c'est le mari qui a négligé d'établir la consistance du mobilier qui lui échoit pendant le mariage, par un inventaire ou un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, le mobilier se confond avec les biens de la communauté, et le mari ne peut en exercer la reprise une fois la communauté dissoute (art. 1504, al. 2).

Nous ne trouvons pas ici en effet les motifs qui nous ont guidé pour accorder à la femme des moyens de preuve exceptionnels. Le mari étant le chef de l'association conjugale était libre de faire constater ses apports, et il est en faute de ne pas l'avoir fait.

Nous avons vu qu'à défaut de la femme, ses héritiers pouvaient invoquer la preuve testimoniale ou la commune renommée. En est-il de même pour les héritiers du mari ?

On a soutenu l'affirmative, en se basant sur les termes mêmes de l'art. 1504. Cet article, après avoir refusé au mari l'exercice de ses reprises quand il n'a pas fait inventaire, est muet sur le compte de ses héritiers. Dans l'alinéa suivant, le même article reconnaît aux héritiers de la femme le même droit qu'à celle-ci. Donc, a-t-on dit, si le Code ne parle pas des héritiers du mari, c'est qu'il ne leur étend pas la déchéance dont il frappe le mari lui-même. Par conséquent, on devra leur reconnaître le même droit qu'aux héritiers de la femme. D'ailleurs, si le mari n'a pas l'exercice de ces modes de preuve, c'est qu'il s'est mis en faute en ne dressant pas d'inventaire. Or, les fautes du père sont personnelles et ne doivent pas retomber sur ses enfants (Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1268).

La négative nous paraît préférable. Certainement les héritiers du mari ne sont pas responsables de la faute commise par leur auteur ; mais il faut considérer que le droit accordé à la femme est un droit tout à fait exceptionnel, et que par conséquent le Code se serait exprimé formellement s'il l'avait voulu l'étendre aux héritiers du mari. Les héritiers réservataires seuls pourraient user de ces modes de preuve s'ils prétendaient que l'omission de l'inventaire n'a été qu'un

moyen détourné pour excéder la portion disponible ; mais ils agiraient ainsi en vertu d'un droit qui leur est personnel, et qui ne peut être étendu aux autres héritiers (Aubry et Rau, t. V, § 522, note 19).

DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Les causes de dissolution de la société d'acquêts sont les mêmes que celles de la communauté légale. Il nous suffira donc de les énumérer.

La communauté se dissout :

1° Par la mort de l'un des époux ;

2° Par la séparation de corps ;

3° Par la séparation de biens (art. 1441) ;

4° Par le jugement qui prononce la nullité d'un mariage putatif (art. 201) ;

5° Par la déclaration d'absence , lorsque l'époux présent opte pour la dissolution de la communauté (art. 124). (La dissolution peut dans ce cas n'être que provisoire).

L'art. 1441 cite encore comme causes de dissolution de la communauté le divorce et la mort civile. Mais le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816, et les déchéances qui ont remplacé la mort civile n'entraînent pas la dissolution de la communauté (loi du 31 mai 1854).

Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer (art. 1453).

La femme survivante qui veut conserver la faculté

de renoncer à la communauté doit, dans les trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés. Cet inventaire doit être par elle affirmé sincère et véritable lors de sa clôture devant l'officier public qui l'a reçu (art. 1456).

Dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari, elle doit faire sa renonciation au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile (art. 1457).

La veuve qui n'a pas fait sa renonciation dans le délai ci-dessus prescrit n'est point déchuë de la faculté de renoncer, si elle ne s'est point immiscée et qu'elle ait fait inventaire; elle peut seulement être poursuivie comme commune jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation.

Elle peut également être poursuivie après l'expiration des quarante jours depuis la clôture de l'inventaire, s'il a été clos avant les trois mois (art. 1459).

Tous ces articles relatifs à la communauté légale s'appliquent également à la communauté réduite aux acquêts. En effet, d'après l'art. 1528, la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas, où il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat.

Nous avons vu que la femme avait, à la dissolution de la communauté, le droit d'accepter ou de renoncer.

Nous allons étudier successivement ces deux cas.

ACCEPTATION

La femme ayant accepté, il s'agit de procéder au partage de l'actif social. Il faut, pour cela, commencer par former la masse partageable.

Cette masse comprend les biens qui se retrouvent en nature dans la société, et de plus les sommes que la communauté a déboursées pour chacun des époux à titre d'avances. Les époux ont alors des rapports à effectuer au profit de la communauté.

D'un autre côté, les époux ont à reprendre les biens qui leur sont restés propres, c'est-à-dire les biens qu'ils ont apportés en se mariant et ceux qui leur sont échus pendant le mariage à titre de succession ou de donation. C'est la question des reprises et prélèvements.

Rapports. — Dans la question qui nous occupe, le principe fondamental en matière de rapports est que, lorsqu'un époux a retiré un bénéfice quelconque d'une opération faite pendant le mariage aux dépens de la communauté, il en doit récompense (art. 1437).

L'art. 1469 fait application de ce principe au cas où un époux a doté des deniers de la communauté un enfant commun ou un enfant du premier lit.

Le rapport peut s'effectuer de différentes manières. L'époux débiteur pourra d'abord remettre dans la communauté la somme exacte qu'il y a puisée : il y aura alors un rapport réel. Mais, en fait, ce cas se présente rarement. On a plutôt recours à un rapport fictif. L'actif de la communauté s'augmentera de la créance que la société a contre l'époux débiteur, et alors le partage pourra se faire de deux manières : ou bien on imputera sur la part de cet époux la somme qu'il devait à la communauté, ou bien l'époux non débiteur prélèvera sur la masse une somme égale.

Reprises. — La question des reprises est réglée par l'art. 1470.

Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève :

1° Les biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature ou ceux qui ont été acquis en emploi ;

2° Le prix de ces immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait emploi ;

3° Les indemnités qui lui sont dues par la communauté.

Ces règles étant les mêmes pour la société d'acquêts que pour la communauté légale, nous n'avons pas à les étudier ici en détail.

Mais une question se pose, sous le régime de la so-

ciété d'acquêts, à propos des propres mobiliers. Nous savons que la société n'en devient pas propriétaire. Mais l'époux propriétaire pourra-t-il les reprendre en nature, ou aura-t-il simplement le droit d'en exiger la valeur à la dissolution de la communauté?

Sur ce point, deux systèmes sont en présence.

Le premier système admet que la propriété des propres mobiliers est transférée à la communauté, et que l'époux propriétaire a simplement le droit d'exiger la reprise de leur valeur. On tire d'abord argument de l'art. 1503, ainsi conçu : « Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, à la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage ou qui lui est échu depuis excédait sa mise en communauté. » On s'appuie encore sur l'art. 1428 qui accorde au mari l'exercice des actions mobilières, et ne lui interdit que l'aliénation des propres immobiliers. On en conclut que le mari a le droit d'aliéner les propres mobiliers, et que par conséquent la propriété n'en est plus à la femme, mais bien à la communauté. Enfin, après les arguments de texte, on donne des raisons de fait.

La communauté, dit-on, est appelée à durer longtemps; les meubles peuvent, pendant sa durée, dépérir, s'égarer ou se confondre avec d'autres sans qu'il soit possible de les distinguer. Il est donc bien plus avantageux pour les époux d'avoir à reprendre à la dissolution du mariage, non pas des meubles dégradés.

mais la valeur qu'ils avaient au moment où l'époux les a apportés ou les a reçus. De plus, en adoptant ce système, on facilite l'aliénation des meubles, laquelle aliénation peut devenir très utile aux époux dans un moment d'embarras pécuniaire (Trop long, *Contr. de mar.*, 1937 ; Paris, 21 janvier, 15 avril, 11 mai 1837 ; Sir., 37,2, 305, 6).

Malgré ces considérations, nous adoptons le système contraire, d'après lequel l'époux conserve la propriété de ses meubles propres, et a le droit de les prélever en nature à la dissolution de la communauté.

Prenons d'abord l'argument de l'art. 1503. Cet article, sur lequel s'appuie l'autre système, ne nous paraît pas convaincant. Il se trouve, en effet, dans la section II de la communauté conventionnelle, section intitulée : *de la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie*. Et l'art. 1503 vise évidemment le cas où un époux met son mobilier en communauté jusqu'à concurrence d'une certaine valeur seulement. L'espèce dont nous nous occupons est bien différente, puisqu'il s'agit ici, non pas d'une partie du mobilier, mais du mobilier tout entier.

Quant à l'argument tiré de l'art. 1428, nous avons déjà fait observer, en traitant l'administration de la communauté, que ce n'était pas une raison, parce que le mari a le droit d'exercer des actions mobilières pour qu'il ait celui d'aliéner les meubles (art. 1531).

En faveur du système que nous soutenons, deux

arguments nous paraissent péremptoires. Le premier est tiré de l'art. 1470, alinéa 1^{er}, qui nous dit : « Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève : 1° Ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, *s'ils existent en nature*. » Voilà, à notre avis, qui tranche bien nettement la question. Les meubles ne sont point entrés dans la communauté, d'après le principe de la société d'acquêts ; si donc ils se retrouvent à la dissolution de la communauté, l'époux propriétaire aura le droit de les reprendre en nature. L'art. 1531 donne la même solution au profit de la femme. Cette disposition, il est vrai, se trouve dans le régime exclusif de communauté ; mais, dans la société d'acquêts, on peut bien dire qu'il y a exclusion de communauté quant au mobilier. Les deux cas sont donc identiques.

Notre second argument est tiré de l'art. 560 du Code de commerce. La femme, nous dit cet article, pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage, ou qui lui sont advenus par succession, donation entre-vifs ou testamentaire, et qui ne seront pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en sera prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique. » Or, la femme en adoptant le régime de la communauté réduite aux acquêts a entendu se réserver la propriété de ses effets mobiliers ; nous devons donc appliquer à notre régime la décision de l'art. 560 du Code de commerce.

Quant aux considérations de fait basées sur l'intérêt qu'ont les époux à retrouver la valeur de meubles neufs à la place de meubles détériorés, nous répondrons que les époux pouvaient très bien les livrer à la communauté avec estimation, auquel cas ils auraient montré clairement que ces meubles n'avaient pour eux qu'un intérêt pécuniaire (D. de Folleville, *Comm. réd. aux acquêts*; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, 1276).

Toutefois, à ce principe que l'époux propriétaire peut exiger la restitution en nature de son mobilier propre, nous apporterons trois exceptions :

1° Les objets qui se consomment par le premier usage sont évidemment appelés par leur nature même à disparaître, et par conséquent l'époux qui en était propriétaire ne peut exiger que leur valeur en argent.

2° Les objets qui sont destinés à être vendus, tels que les meubles faisant partie d'un fonds de commerce, tombent aussi dans la communauté. Celle-ci ne doit à l'époux qui les apporte que leur valeur pécuniaire. Si on décidait autrement, il n'y aurait pas de commerce possible.

3° Les objets qui ont été livrés au mari sur estimation, sans déclaration que l'estimation ne vaut pas vente, ne donnent droit qu'à la reprise de leur valeur. Cette troisième exception n'est pas à la vérité admise par tout le monde. Quelques auteurs prétendent que l'art. 1551 sur lequel on s'appuie pour justifier cette exception ne s'applique qu'au régime dotal, et qu'il ne

doit pas être étendu à la société d'acquêts (Toullier, t. XIII, n° 326). Nous répondrons qu'il n'y a aucun inconvénient à étendre l'art. 1551 à la société d'acquêts, puisque dans les deux cas l'analogie est évidente. De plus, cette disposition est conforme à la volonté des époux. En effet, un époux ne prendrait pas la peine de faire estimer ses meubles s'il avait l'intention de les reprendre en nature : tout au moins il ferait insérer la clause que l'estimation ne vaut pas vente, et cela aussi bien sous le régime de la société d'acquêts que sous le régime dotal. En outre, l'art. 1551 est favorable aux époux, puisqu'il leur permet, comme nous l'avons fait observer plus haut, de reprendre, à la dissolution de la communauté, la valeur de leurs meubles, plutôt que ces meubles eux-mêmes vieillis et détériorés (Aubry et Rau, t. V, § 522 ; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, 1275).

Nous avons admis que l'époux, propriétaire de ses propres, avait le droit de les prélever en nature à la dissolution de la communauté. Mais supposons que la femme a à exercer des reprises. Quels seront ses droits vis-à-vis des créanciers de la communauté ?

Trois systèmes sont en présence. Comme cette question n'est pas spéciale à la société d'acquêts, nous nous bornerons à les exposer rapidement.

D'après un premier système, la femme a un droit de préférence sur les créanciers chirographaires ; elle est semblable à un créancier gagiste qui doit se payer avant

les autres en vertu d'un droit de rétention (Trop long, t. III, n° 1367).

Un second système donne à la femme la préférence sur tous les créanciers chirographaires et hypothécaires. La femme est ici considérée comme copartageante, et l'effet du partage fait disparaître rétroactivement l'hypothèque des créanciers.

Un troisième système qui est aujourd'hui à peu près généralement admis, ne donne à la femme aucun droit de préférence sur les créanciers de la communauté. Elle reste soumise à la règle générale, d'après laquelle les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix (sauf la préférence attachée aux privilèges et hypothèques) s'en distribue entre eux par contribution (art. 2093, 2094) (Rod. et Pont, *Cont. de mar.*, t. II, n° 1090).

Si la femme ne trouve pas dans les biens de la communauté de quoi l'indemniser de la perte de ses propres, elle peut se retourner contre son mari et agir sur les biens personnels de ce dernier. Ce droit lui est donné en compensation du pouvoir d'administration qu'a le mari sur tous les biens pendant le mariage.

Après que la femme a exercé ses reprises, le mari peut à son tour prélever ses biens personnels ou la valeur de ses biens, s'ils ont été aliénés au profit de la communauté. Les règles sont les mêmes que pour la femme, sauf que le mari ne peut agir que contre la communauté, et non contre les biens personnels de sa

femme, si l'actif social ne suffit pas à le désintéresser complètement.

Une fois que tous les rapports, reprises et prélèvements ont été faits, ce qui reste de l'actif social se partage également entre les époux ou leurs héritiers, sauf les modifications qui auraient pu être apportées par le contrat de mariage.

Nous n'étudierons pas en détail le partage de l'actif de la société d'acquêts, toutes les règles de la communauté légale lui étant applicables.

De même les règles prescrites sous la communauté ordinaire, sur la manière dont les époux sont après le partage tenus des dettes, s'appliquent également au passif de la communauté d'acquêts.

Quant au droit de poursuite des créanciers, nous en avons parlé en étudiant le passif de la société d'acquêts. Nous n'avons donc pas à y revenir ici.

Une dernière question se pose à propos du concours des créanciers personnels des époux et des créanciers de la société. On s'est demandé s'il fallait les faire tous venir au marc le franc, ou s'il ne fallait pas plutôt donner aux créanciers de la société un droit de préférence sur les biens de la société. On admet généralement que, la communauté n'étant pas une personne morale, ces créanciers n'ont aucun droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des époux sur les biens de la communauté.

RENONCIATION

Les règles de la communauté légale s'appliquent également à la société d'acquêts en cas de renonciation, sauf certaines modifications.

L'art. 1432 nous dit : « La femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. »

La première partie de cet article s'appliquera bien à la société d'acquêts ; il est évident que la femme, en renonçant, perd tout droit aux biens de la communauté. Mais le mobilier qu'elle a apporté lui est resté propre ; elle a donc le droit de le reprendre en nature, s'il s'y retrouve encore, ou sinon d'en exiger la valeur.

Nous trouvons dans l'art. 1493 les dispositions suivantes : « La femme renonçante a le droit de reprendre :

1° Les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi ;

2° Le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été fait ;

3° Toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. »

A ces reprises, nous ajouterons le mobilier qui est resté propre à la femme. Si les meubles ne se retrou-

vent pas en nature, le mari devra en payer la valeur estimative, à moins qu'il ne prouve que la perte est arrivée sans sa faute ou par suite de l'usage auquel ces meubles étaient destinés. Pour décider ainsi, nous tirons argument de l'art. 1566 ainsi conçu : « Si les meubles dont la propriété reste à la femme ont dépéri par l'usage et sans la faute du mari, il ne sera tenu de rendre que ceux qui resteront, et dans l'état où ils se trouveront. »

Pour les indemnités dues à la femme, nous appliquerons l'art. 1473. A partir de la dissolution de la communauté, les intérêts de ces indemnités courront de plein droit au profit de la femme ; il en sera de même pour les fruits des objets dont elle est admise à exercer la reprise.

Art. 1494 : « La femme renonçante est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers. Elle reste néanmoins tenue envers ceux-ci lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari, ou lorsque la dette, devenue dette de la communauté, provenait originellement de son chef ; le tout, sauf son recours contre le mari ou ses héritiers. »

Ces dispositions s'appliquent entièrement à la société d'acquêts. La femme, ne prenant rien dans la communauté, doit, par une juste réciprocité, rester complètement étrangère à son passif. Vis-à-vis de son mari, elle n'est tenue à l'acquittement d'aucune dette,

à l'exception toutefois des dettes qu'elle aurait contractées dans son intérêt personnel, par exemple, pour l'amélioration ou la conservation d'un de ses propres ; dans ce cas, elle devrait récompense à son mari. Vis-à-vis des créanciers, si elle a payé, étant poursuivie par eux, une dette provenant de son chef, mais intéressant la communauté, elle a droit à récompense. Quant aux dettes de la femme qui ne sont pas tombées en communauté, il est bien entendu qu'elle en reste seule tenue. Ainsi, elle doit payer ses dettes antérieures au mariage, les dettes grevant les successions mobilières ou immobilières qui lui sont échues (c'est là une différence avec la communauté légale).

Si les biens de communauté ne suffisent pas à indemniser la femme de la valeur de ses apports, elle peut se payer sur les biens personnels de son mari. Ses héritiers ont le même droit, sauf en ce qui concerne le prélèvement des linges et hardes (art. 1492), ainsi que le logement et la nourriture pendant le délai pour faire inventaire et délibérer (art. 1465), lesquels droits sont purement personnels à la femme survivante (art. 1495).

Nous avons terminé l'étude des règles qui régissent la société d'acquêts. Dans la seconde partie, nous allons faire d'abord un exposé rapide du régime dotal, indiquer ses avantages et ses inconvénients. Nous verrons ensuite la combinaison du régime dotal et de la société d'acquêts.

DEUXIÈME PARTIE

DÉ LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS JOINTE AU RÉGIME DOTAL

Le principe fondamental du régime dotal, c'est la séparation absolue des biens des deux époux : d'un côté les biens du mari, de l'autre les biens de la femme. Ceux-ci se divisent à leur tour en deux classes, les biens dotaux et les biens paraphernaux.

En général, on entend par biens dotaux tout ce que la femme s'est constitué en dot ou qui lui a été donné par le contrat de mariage, sauf stipulation contraire (art. 1541).

On appelle au contraire biens paraphernaux tous les biens de la femme qui n'ont été ni constitués en dot, ni donnés par le contrat de mariage, ou qui ne se trouvent pas légalement subrogés à des biens de l'une ou de l'autre de ces catégories (art. 1574).

Le mari seul a l'administration des biens dotaux

pendant le mariage. Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux (art. 1549).

En tant qu'administrateur le mari a donc sur les biens dotaux un pouvoir absolu; il profite de tous les fruits et intérêts de ces biens et est libre de les employer comme il l'entend, même de les dissiper pour ses plaisirs personnels sans y faire aucunement participer la femme. Le troisième alinéa de l'art. 1549 apporte, il est vrai, un léger adoucissement au sort de la femme : « Cependant il peut être convenu par le contrat de mariage que la femme touchera annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. » Mais d'après les termes du Code, cette clause a besoin d'être stipulée expressément au moment même du contrat; si la femme a négligé de prendre cette précaution, toutes les règles du régime dotal s'appliqueront rigoureusement.

Quant à ses biens paraphernaux, la femme en a l'administration et la jouissance (art. 1576). Elle peut les aliéner avec l'autorisation de son mari, ou sur son refus, avec l'autorisation de la justice. La femme est donc, en ce qui touche ses paraphernaux, traitée bien plus favorablement. Il en résulte que si tous ses biens sont paraphernaux, c'est-à-dire si elle ne s'est rien constitué en dot et si elle n'a rien reçu dans le contrat

de mariage, le mari n'aura aucun droit sur les biens de sa femme, puisque parmi tous ces biens rien ne sera dotal. Nous aurons là un régime qui n'aura de dotal que le titre, puisque les biens des époux seront régis de la même manière que sous le régime de la séparation de biens. Mais comme il ne serait pas juste que le mari, ne touchant pas aux biens de sa femme, fût forcé de supporter à lui tout seul les charges du mariage, la femme doit contribuer à l'entretien commun. C'est ce que décide l'art. 1575 qui est ainsi conçu : « Si tous les biens de la femme sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le contrat pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. » Cette disposition du Code ne s'applique, comme on le voit, qu'à défaut d'une stipulation expresse dans le contrat : les époux auraient pu s'ils l'avaient voulu stipuler que la femme contribuerait à l'entretien commun pour une quotité différente de ses revenus, par exemple pour le quart ou la moitié.

Nous venons de voir ce qui arrive dans le cas où il n'y a pas de biens dotaux, il peut arriver à l'inverse que la femme n'ait pas de paraphernaux ; c'est ce qui se produira quand la femme se sera constitué en dot tous ses biens présents et à venir.

C'est la stipulation la plus défavorable à la femme, du moins quant à la jouissance de ses biens, car nous verrons tout à l'heure qu'elle y gagne une sécurité ab-

solue pour leur conservation. Le mari perçoit les fruits et les intérêts de tous les biens de sa femme; celle-ci se trouve alors réduite à la seule générosité de son mari. Mais par contre, celui-ci est tenu de subvenir entièrement aux charges du mariage.

En pratique d'ailleurs cette stipulation est très rare, justement à cause des inconvénients que nous venons de signaler.

Le point le plus saillant de ce régime, c'est l'inaliénabilité du fonds dotal.

Cette disposition est absolue quant aux immeubles. L'art. 1554 nous dit en effet : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. »

Ces exceptions sont les suivantes :

1° La femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou sur son refus avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur; mais si elle n'est autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari (art. 1555).

2° La femme peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1556).

Pour les meubles dotaux, la défense n'est pas aussi absolue. L'inaliénabilité n'existe que quand le mobi-

lier n'a pas été estimé, ou quand il a été convenu que l'estimation ne vaudrait pas vente.

Cette estimation n'a alors d'autre but que de déterminer l'étendue de l'indemnité qui sera due par le mari si les objets qui lui ont été livrés périssent on se détériorent par sa faute.

Dans le cas contraire, le mari devient propriétaire des meubles et n'est débiteur que du prix porté dans l'estimation (art. 1551).

C'est, nous l'avons dit, par ce point que le régime dotal diffère surtout des autres régimes.

Sous la communauté en effet, le mari ne peut aliéner un immeuble propre de sa femme sans son consentement; mais ce consentement il peut l'obtenir, et alors l'aliénation est parfaitement valable. Sous le régime dotal au contraire, l'interdiction d'aliéner est absolue.

L'aliénation faite par le mari même avec l'autorisation de sa femme serait complètement nulle, sauf toutefois dans les cas exceptionnels prévus par les articles 1555 et 1556.

Telles sont en résumé les dispositions du régime dotal.

Voyons maintenant les avantages qu'il procure.

Le but fondamental de ce régime, c'est de protéger la femme contre le mari. Ce dernier peut bien dissiper sa fortune propre comme il l'entend : la femme est sûre à la dissolution du mariage de retrouver ses biens

dotaux tels qu'elle les a apportés. C'est un grand avantage que ce régime présente sur les autres, dans lesquels la femme n'a comme ressource contre les dissolutions de son mari que la séparation de biens; et encore souvent cette séparation n'est prononcée que trop tard, c'est-à-dire quand les biens de la femme sont gravement compromis. Dans le régime dotal au contraire les droits du mari sont restreints.

Il peut, il est vrai, profiter des revenus des biens dotaux, soit pour les employer à ses plaisirs, soit pour en retirer un profit réel, par exemple en les consacrant à l'acquisition d'immeubles. Mais quant à ces biens eux-mêmes il n'a aucun droit; il ne peut même pas abuser de son influence sur sa femme pour la faire consentir à des aliénations désavantageuses pour elle, puisque la loi méconnaît les aliénations faites par le mari avec l'autorisation de sa femme, et même par les deux époux conjointement.

D'ailleurs si ce régime paraît trop dur tel qu'il est réglé par le Code, rien ne défend aux époux d'y faire dans leur contrat de mariage toutes les modifications qu'il leur plaira d'y apporter.

Ils peuvent, par exemple, stipuler que tous les biens dotaux ne seront pas inaliénables, et c'est ce qui ressort du texte même de l'art. 1542; cet article porte en effet que la constitution de dot peut ne frapper que les biens présents seulement, ou une partie des biens présents et à venir, ou même un objet individuel.

Mais à côté de ces avantages, le régime dotal offre en revanche de graves inconvénients.

D'abord l'adoption de ce régime est une marque de défiance contre le mari. La femme, en se soumettant aux règles du régime dotal, semble indiquer par là même qu'elle craint de voir la disposition de sa fortune entre les mains de son futur mari, et qu'elle aime mieux se priver de la jouissance de ses revenus que de courir le risque d'être plus tard dépouillée de la propriété du fonds lui-même. Cela peut donc introduire un germe de discorde entre les époux, et c'est déjà là une cause qui pourrait faire considérer défavorablement l'adoption pure et simple de ce régime.

De plus, le régime dotal ne s'occupe pas assez de l'association conjugale et sépare trop les intérêts des deux époux. Ces intérêts restent entièrement distincts, ce qui paraît assez extraordinaire lorsqu'il s'agit de deux personnes appelées par le mariage à passer leur existence ensemble et à mettre tout en commun.

En outre, le mari est privé par là de tout crédit. S'il est commerçant ou à la tête d'une grande industrie, à moins d'avoir par lui-même une très grande fortune, il pourra difficilement faire des opérations importantes; car les tiers avec qui il voudra contracter, sachant qu'il est marié sous le régime dotal, et que par conséquent la fortune de sa femme lui est complètement étrangère, seront beaucoup moins disposés à traiter avec lui, ne se sentant pas suffisamment garantis. En effet, si le

fonds dotal a été aliéné en dehors des cas exceptionnels indiqués par le Code, la femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage.

Voilà déjà bien des résultats fâcheux. Mais le principal inconvénient du régime dotal, c'est de ne jamais faire profiter la femme des accroissements de la fortune de son mari. Que ces accroissements soient dus à l'industrie du mari ou aux revenus de la femme, le résultat est le même pour elle : elle n'a aucun droit à ces revenus que le mari touche et consomme comme il l'entend. Elle n'a rien à craindre de la mauvaise administration ou de la prodigalité de son mari ; elle est sûre après le mariage de retrouver sa fortune intacte. Tout cela est vrai ; mais à notre avis un régime matrimonial doit s'occuper de la situation de la femme pendant le mariage, au moins autant que de celle qui lui sera faite après la dissolution de l'union conjugale.

Le régime dotal présentant à la fois des avantages importants et des inconvénients sérieux, il fallait trouver un régime qui pût tout arranger, en conservant les uns et en écartant les autres.

Les rédacteurs du Code sont arrivés à ce résultat au moyen de l'art. 1581, en vertu duquel les époux peuvent, en se soumettant au régime dotal, stipuler en même temps une société d'acquêts. Dès lors, tout est concilié. Les biens dotaux de la femme sont garantis contre la prodigalité de son mari, car ils restent ina-

liénables ; mais les revenus de ces biens ne profitent plus au mari seul ; ils forment avec les produits de l'industrie des époux un fonds commun qui appartient aussi bien à la femme qu'à son mari. La femme est donc intéressée à l'augmentation de la fortune de celui-ci, et trouve la récompense de son industrie et de ses efforts, ce qui n'avait pas lieu sous le régime dotal pur.

D'ailleurs, ce ne sont pas les rédacteurs du Code qui ont inventé la réunion de ces deux régimes. Nous avons vu, en effet, dans l'introduction de cette étude, que la clause en question était permise par la coutume de Normandie, et qu'en outre elle était fréquemment employée dans le ressort du parlement de Bordeaux.

Pour l'étude de ce régime mixte, nous suivrons l'ordre que nous avons adopté pour l'étude de la société d'acquêts.

En cette matière, un principe fondamental doit être posé : Il y a plutôt juxta position que combinaison du régime dotal et du régime de communauté. Par suite, il faut appliquer les règles de la communauté qu'autant qu'elles ne sont pas contradictoires avec celles du régime dotal.

Les époux, dit le Code, peuvent stipuler dans leur contrat qu'ils entendent joindre au régime dotal une société d'acquêts (art. 1581).

Il faut ici une stipulation formelle. Mais il n'est pas nécessaire de se servir de termes sacramentels ou de

dire que l'on entend se marier sous le régime de l'article 1581. Il suffit que la volonté des époux soit nettement exprimée, de façon à ce qu'il n'y ait pas d'équivoque possible. Ainsi les époux peuvent, après avoir adopté le régime dotal, stipuler qu'ils seront communs en tous les biens qu'ils acquerront dans l'avenir : cette déclaration suffirait pour indiquer qu'ils ont voulu joindre au régime dotal une société d'acquêts. En cas de difficulté sur l'interprétation de la volonté des époux, ce serait aux juges à décider.

COMPOSITION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

ACTIF

La société d'acquêts commence au jour du mariage. A ce moment, l'actif de la société est absolument nul, puisque les époux conservent la propriété de tous leurs biens. Nous devons donc, ainsi que nous l'avons fait pour la communauté réduite aux acquêts, nous occuper non pas des biens qui composent l'actif de la société, puisqu'il n'en existe pas encore, mais des biens dont il pourra se composer pendant le mariage.

La société d'acquêts comprendra deux sortes de biens :

1° Les revenus et fruits des biens mobiliers et immobiliers du mari, ceux des biens dotaux de la femme, et les économies faites sur les fruits de ses paraphernaux.

2° Tous les gains et les profits résultant du travail et de l'industrie des deux époux, ainsi que les acquisitions à titre onéreux faites pendant le mariage avec le produit de leurs économies (art. 1498).

Par contre, sont exclus de la société :

1° Tous les biens présents du mari, meubles ou immeubles.

2° Tous les biens présents de la femme, dotaux ou paraphernaux.

3° Tous les meubles et immeubles qui étoient pendant le mariage à l'un des époux, par succession, donation ou testament.

4° Tous les biens qui sont acquis aux époux uniquement par l'effet du hasard, sans qu'on puisse, même indirectement, y voir un produit de leur industrie.

5° Les biens subrogés aux biens des quatre catégories précédentes.

Cette subrogation peut avoir lieu de différentes manières : soit par voie d'échange (art. 1407), soit par acquisition du surplus d'un immeuble indivis entre l'époux et un tiers (art. 1408), soit par l'effet d'une dation en paiement (art. 1406), soit enfin par voie de remploi (art. 1434 et 1435).

A propos de l'art. 1406, une difficulté s'élève.

Supposons une dot constituée en argent. Le constituant ascendant qui n'a pas encore payé la dot, se libère de son obligation quelque temps après le mariage, en donnant un immeuble. Que va devenir cet immeuble ? Tombera-t-il dans la société d'acquêts ou restera-t-il propre à la femme ?

Un premier système admet que l'immeuble ainsi acquis doit tomber dans la société d'acquêts. En effet, dit-on dans ce système, il n'y a pas de subrogation réelle dans ce cas ; les parties renonçant au premier contrat qui s'est éteint, il se forme entre elles un nou-

veau contrat assimilé à la vente et en réunissant les conditions essentielles. Or, cette vente a été effectuée pendant la durée du mariage, et par conséquent l'immeuble ainsi acquis doit entrer dans la société d'acquêts.

On tire encore argument de l'art. 1553 qui est ainsi conçu : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition d'emploi n'a pas été stipulée par le contrat de mariage. Il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent (Tessier, *Société d'acquêts*, n° 52 ; Odier, n° 1514).

Nous ne croyons pas devoir suivre ce système.

L'art. 1453 dit bien que si l'emploi n'a pas été stipulé au contrat de mariage, l'immeuble ne sera pas dotal. Les partisans du système que nous combattons en tirent argument pour décider que l'immeuble tombera dans la société d'acquêts.

Mais ce n'est pas là, à notre avis, une conséquence forcée des termes de l'art. 1553. L'immeuble n'est pas dotal, il est vrai, mais il ne doit pas non plus être assimilé à un conquêt : il entrera dans les biens paraphernaux de la femme.

D'ailleurs l'art. 1406 est formel : « L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère, ou autre ascendant à l'un des deux époux, pour le remplir de ce qu'il lui doit, n'entre point en communauté. » Il y a là une donation, et non pas une vente comme le prétendent

les partisans du premier système. C'était l'opinion de Pothier, qui estimait que le père était plutôt réputé exécuter la donation faite par contrat de mariage, que vendre (n° 136).

La coutume de Paris décidait également dans le même sens. L'art. 26 de cette coutume dispensait en effet du droit fiscal la donation consentie par l'ascendant à son descendant d'un héritage tenu en fief, encore que la chose lui fût baillée en paiement de ce qui lui avait été promis par contrat de mariage. Or il est bien évident que s'il s'était agi d'une vente, le droit fiscal aurait été exigé.

Les remplois se font d'après les règles des art. 1434 et 1435.

Le remploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi (art. 1434).

Pour la femme cette déclaration ne suffit pas ; il faut en outre qu'elle accepte formellement le remploi. Si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu (art. 1435).

Ces conditions ayant été remplies, il y a alors une véritable subrogation : *subrogatum capit naturam subrogati*. Si c'est un immeuble dotal qui a été aliéné, l'immeuble acquis en remploi sera dotal ; si au contraire la

femme avait vendu un immeuble paraphernal, l'immeuble subrogé restera dans ses biens paraphernaux.

Il est bien entendu que sous le régime dotal le remploi ne pourra s'appliquer, quant à un bien dotal, que si l'inaliénabilité de l'immeuble vendu avait été stipulée au contrat; sinon la vente serait nulle, et il n'y aurait pas lieu de s'occuper d'un remploi.

Supposons que le mari fasse l'acquisition d'un immeuble dans le but d'employer une somme d'argent que la femme a apportée en dot. L'immeuble acquis de ces deniers sera-t-il dotal, ou tombera-t-il dans la société d'acquêts? Il faut distinguer suivant que dans le contrat de mariage on a ou non stipulé l'emploi de ces deniers. Dans le premier cas, l'immeuble sera dotal; dans le second cas, il sera assimilé à un véritable acquêt, et tombera dans l'actif de la communauté, sauf récompense.

PASSIF

Nous avons dans notre première partie indiqué les règles qui s'appliquent au passif de la société d'acquêts; nous nous bornerons donc à énumérer les dettes qui grèvent cette société.

Le passif de la société d'acquêts comprend :

1° Toutes les charges ordinaires du mariage.

2° Toutes les charges qui grèvent les revenus des biens du mari et de la femme.

3° Les intérêts et arrérages des dettes des époux antérieures au mariage, ou grevant une succession qu'ils ont recueillie pendant le mariage.

4° Toutes les dettes contractées par le mari ou par la femme autorisée de son mari, ou de la justice dans des cas exceptionnels.

Parmi ces dettes, les unes tombent dans la société d'acquêts, définitivement et sans qu'il lui en soit tenu aucun compte par les époux ; d'autres n'y tombent qu'à charge de récompense.

La société d'acquêts reste tenue définitivement de toutes les dettes qui peuvent être considérées comme une charge ordinaire des revenus, par exemple de l'entretien du ménage, et de toutes celles qui ont été contractées par le mari en tant qu'administrateur, ou par la femme dûment autorisée, pourvu que ces dettes n'aient pas été contractées dans l'intérêt personnel du mari ou de la femme.

ADMINISTRATION DES BIENS SOUS LE RÉGIME
DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS JOINTE
AU RÉGIME DOTAL

Quant aux biens du mari, nous n'avons rien de spécial à en dire ici. Il en est propriétaire et a le droit d'en faire ce qu'il veut. Il doit seulement faire participer la société à la jouissance qu'il en retire.

Mais nous avons à examiner l'administration des biens à trois points de vue :

- 1° En ce qui concerne les biens dotaux ;
- 2° En ce qui concerne les biens paraphernaux ;
- 3° En ce qui concerne les biens communs.

1° *Biens dotaux.* — Les biens dotaux conservent sous ce régime mixte la même nature que sous le régime dotal pur ; ils sont inaliénables et imprescriptibles. Il en résulte qu'ils échappent au droit de poursuite des créanciers envers lesquels le mari ou la femme s'est obligé pendant le mariage.

Le mari conserve l'administration de la dot ; il a le droit d'intenter toutes les actions qui la concernent, possessoires et pétitoires.

Mais quant à la jouissance de ces biens, il y a une dérogation aux règles du régime dotal : les fruits ne

profitent plus au mari seul : ils tombent dans la société d'acquêts.

2° *Biens paraphernaux*. — Qui aura la jouissance des biens paraphernaux, et par qui seront-ils administrés ? Est-ce le mari qui prend en main l'administration de ces biens, comme il dirige celle des biens propres de la femme commune ? Est-ce au contraire la femme qui les administre, à charge d'en verser les revenus dans la société ?

La question est controversée.

Un premier système donne au mari l'administration des paraphernaux. Voici quels sont les arguments qu'on invoque pour soutenir cette opinion.

Il y a d'abord un précédent historique. La coutume de Bordeaux (art. 42) accordait au mari le droit d'administrer les paraphernaux et de faire les fruits siens. L'art. 1576, il est vrai, donne ce droit à la femme, mais nous ne sommes plus ici sous le régime de la dotalité pure, et l'art. 1581 renvoie aux articles 1498 et 1499. Or, ces deux articles ne distinguent pas entre les paraphernaux et les autres biens propres ; les fruits de ces biens tombent dans la communauté comme les autres ; par conséquent il n'y a pas de raison pour que leur administration soit différente.

D'ailleurs l'attribution au mari de l'administration des biens paraphernaux n'est pas destructive de l'essence du régime dotal ; en effet, la distinction subsiste entre les deux espèces de biens de la femme, puisque

les paraphernaux restent aliénables et prescriptibles, à la différence des biens dotaux.

L'administration par la femme de ses biens paraphernaux conduirait en outre à des résultats impraticables. En effet, d'un côté la femme administrerait ses biens; elle emploierait ses revenus à des dépenses personnelles; d'un autre côté, elle devrait mettre ses économies dans la société d'acquêts.

L'actif de la société serait donc plus ou moins important suivant le caprice de la femme; elle serait obligée envers la communauté sous une condition potestative. Dans tous les cas, elle pourrait trouver qu'elle n'a pas d'intérêt à faire des économies, puisque les sommes épargnées par elle seraient mises à la disposition du mari. Il est facile de comprendre combien un pareil régime serait dangereux pour le bon accord entre les époux (M. Colmet de Santerre, t. VI, pages 559 et 560; Daniel de Folleville, *Soc. d'acquêts*, page 49).

Malgré la valeur de ces arguments, nous croyons qu'il faut plutôt laisser à la femme l'administration de ses biens paraphernaux.

D'abord l'art. 42 de la coutume de Bordeaux, sur lequel on s'appuie dans le système précédent était, même au temps des coutumes, considéré comme accordant un droit exorbitant; cet article ne s'appliquait même pas dans tout le ressort du parlement de Bordeaux. D'ailleurs, l'art. 1576 du Code civil se prononce en sens contraire, et l'on sait que toutes les disposi-

tions des coutumes ont été abrogées par la promulgation du Code.

On objecte dans le premier système qu'il faut respecter la volonté des parties. Or, dit-on, quelle a été l'intention des parties en adoptant ce système mixte de la société d'acquêts jointe au régime dotal ? Ils ont voulu s'assurer un fonds commun, tout en conservant à la dot ses garanties légales. Ce fonds commun ne sera florissant et n'aura de chances d'enrichissement que si c'est le mari qui en a l'administration, car en général il a bien plus que la femme l'habitude des affaires. D'ailleurs, l'art. 1577 permet à la femme de donner procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, et ici la clause de société d'acquêts suppose raisonnablement une délégation tacite.

A cela nous répondons : la clause de société d'acquêts ne nous paraît pas devoir entraîner tacitement la délégation dont parle l'art. 1577. En effet, dans quel intérêt cette clause est-elle ordinairement stipulée ? Ce n'est pas dans l'intérêt du mari, qui voit par là réduire ses droits sur les revenus, tandis que l'inaliénabilité des biens dotaux subsiste. Au contraire, cette clause est très favorable à la femme et paraît uniquement stipulée dans son intérêt. Or, la femme avait, sous le régime dotal pur, l'administration de ses paraphernaux ; il semblerait donc bizarre qu'une clause stipulée dans son intérêt vînt restreindre ses droits.

L'art. 1581 renvoie aux articles 1498 et 1499, c'est

vrai. Mais on ne peut rien tirer de certain du texte de ces articles pour décider que le mari a l'administration des paraphernaux (Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, t. III, n° 2034; Aubry et Rau, t. V, § 541 *bis*).

3° *Biens communs*. — Ici, la règle à suivre est fort simple. Soit pour les pouvoirs du mari, soit pour le droit de poursuite des créanciers, il faut appliquer les règles de la communauté réduite aux acquêts. Nous n'y reviendrons donc pas.

Il faut néanmoins faire observer qu'aux termes de l'art. 1402, tout immeuble est réputé acquêt. Donc, pour limiter le droit de poursuite des créanciers de la société, les époux devront prouver que l'immeuble saisi est dotal ou paraphernal.

Pour faire cette preuve quant aux meubles, il faudra un inventaire ou un état en bonne forme.

DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Les causes de dissolution sont les mêmes que pour la communauté réduite aux acquêts. Les formalités pour l'acceptation et la renonciation sont également les mêmes. Nous n'avons donc pas à y revenir.

Mais plusieurs questions se présentent, lors de la dissolution de la société, sur le point de savoir si l'on doit appliquer les règles du régime dotal ou celles de la communauté.

Nous trouvons une première difficulté à propos des fruits.

Dans un système, on applique l'art. 1571 du régime dotal : « A la dissolution du mariage, les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré pendant la dernière année. L'année commence à partir du jour où le mariage a été célébré. » D'ailleurs, on n'applique cet article que si la femme renonce. Sa renonciation, dit-on, efface rétroactivement la société d'acquêts qui dès lors est censée n'avoir jamais existé. Ou se trouve donc en face du régime dotal pur, et ce sont ses règles que l'on doit appliquer (Rodière et Pont, III, n° 2038).

D'après un second système auquel nous nous rallions, l'existence de la société d'acquêts n'est pas effacée par la renonciation de la femme ; elle subsiste du moins à l'égard du mari. En effet, si l'on admet la rétroactivité de la renonciation, ce n'est que dans l'intérêt propre de la femme, pour la soustraire aux poursuites des créanciers de la société.

Nous déciderons donc qu'il faut appliquer aux fruits les règles de la communauté, sans distinguer si la femme est acceptante ou renonçante.

On arrêtera définitivement le compte au moment de la dissolution de la société. Par suite, la communauté aura droit à récompense pour les frais de labour et d'ensemencement qu'elle a faits en vue de la production des fruits dont elle ne profite pas (D. de Folleville, *Soc. d'acquêts.*, pages 54 et 55 ; Aubry et Rau, t. V, *in fine*).

A propos de l'hypothèque légale de la femme, deux questions se présentent :

1° La femme peut-elle poursuivre, en vertu de son hypothèque légale, les acquéreurs des immeubles communs aliénés par son mari avec son consentement exprimé par son concours à l'acte ?

2° Peut-elle opposer son hypothèque légale sur les immeubles de la société d'acquêts aux créanciers envers lesquels elle s'est personnellement engagée ?

D'après un système, la femme ne peut dans aucun de ces deux cas opposer son hypothèque légale. On

fait ici prédominer les règles de la communauté. Les acquêts, dit-on dans ce système, sont complètement en dehors du régime dotal ; ce sont des biens à part, libres, susceptibles de tous actes de commerce. Si on décidait autrement, on arriverait à ce résultat que la femme pourrait acquérir des biens, tout en restant étrangère aux dettes (Troplong, *Cont. de mar.*, t. III, n° 1911).

Nous croyons plutôt qu'il faut distinguer suivant que la femme renonce ou accepte.

Si elle renonce, elle peut opposer son hypothèque légale.

On se fonde dans le premier système sur ce que son concours à l'acte emporte renonciation à l'hypothèque légale, dans le cas où il s'agit d'immeubles communs aliénés par son mari avec son consentement, et que d'autre part elle ne peut opposer son hypothèque légale lorsqu'elle est personnellement tenue. Cela est vrai sous le régime de la communauté, parce que la femme est toujours libre de renoncer à son hypothèque légale. Mais il ne faut pas oublier que le régime dotal est ici le régime principal des époux, et qu'il faut appliquer toutes les garanties dont il entoure les biens de la femme. Or, d'après le régime dotal, la femme ne peut renoncer à son hypothèque légale. On ne peut lui appliquer les règles de la communauté, puisque sa renonciation efface rétroactivement l'existence de la société d'acquêts, du moins à son égard.

Au contraire, quand la femme accepte, elle valide par cette acceptation même tous les actes d'administration du mari et les aliénations qui ont été faites pendant le mariage. Il y a alors renonciation présumée à l'hypothèque, et cette renonciation est valable, puisqu'elle a lieu au moment où le mariage n'existe plus ; en effet, l'acceptation de la communauté n'a pu avoir lieu qu'après sa dissolution ; la dot n'est donc plus inaliénable (D. de Folleville, *Soc. d'acquêts*, p. 55 et 56).

Une autre question se pose quant au droit de la femme aux aliments et au logement,

Nous appliquerons encore ici les règles du régime dotal (art. 1570).

Cette solution paraît évidente dans le cas où la femme renonce à la communauté ; car, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, elle est présumée n'avoir jamais été commune.

La difficulté est plus grande dans le cas d'acceptation.

En effet, la femme qui accepte est censée se soumettre aux règles de la société d'acquêts dont elle a validé l'existence par son acceptation. Néanmoins nous appliquerons encore les règles du régime dotal, et voici pourquoi : Dans le doute, il faut mieux faire profiter la femme des dispositions les plus avantageuses ; et il est évident qu'elle retire plus d'avantages de l'article 1570 que de l'art. 1465 ; dans le premier cas, en

effet, le privilège doit durer une année entière, tandis que dans le second il est enfermé dans la limite de trois mois et quarante jours accordés à la femme pour faire inventaire et délibérer (D. de Folleville, *Soc. d'acquêts*, p. 56. *Contra* : Rodière et Pont, *Cont. de mariage*, t. III, n° 2038).

Enfin, nous appliquerons encore les règles du régime dotal en ce qui concerne la restitution de la dot.

Art. 1564 : « Si la dot consiste en immeubles ou en meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme, le mari ou ses héritiers peuvent être contraints de la restituer sans délai après la dissolution du mariage. »

Art. 1565 : « Si la dot consiste en une somme d'argent ou en meubles mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire, la restitution n'en peut être exigée qu'un an après la dissolution. »

On nous objecte que la restitution est due sous ce régime mixte, non par le mari personnellement, mais par la masse commune. Il en résulte que l'on devrait appliquer les règles de la communauté, d'après lesquelles la dot sans distinction doit être restituée immédiatement après la dissolution de la communauté.

Nous répondrons à cette objection que c'est le mari qui est responsable de la dot et qui par conséquent

doit en faire la restitution. On doit donc appliquer ici les règles du régime dotal.

D'ailleurs la distinction des art. 1464 et 1465 est très raisonnable. Si le mari doit restituer immédiatement des choses dont il n'était pas propriétaire, comme les immeubles et les meubles non estimés, il est juste qu'il ait au contraire un délai pour restituer la valeur des meubles estimés dont il était devenu propriétaire, et que par conséquent il avait pu aliéner.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La nature du bénéfice de cession d'actions est complexe ; c'est un payement dans les rapports du créancier et du cessionnaire, et une cession dans les rapports du cessionnaire et du cédé.

II. La *successio in locum* ne suppose pas une cession de la créance ou même de l'hypothèque ; le créancier qui l'obtient doit prouver qu'il existe à son profit un droit réel sur la chose hypothéquée, soit hypothèque antérieure, soit droit de propriété, soit hypothèque nouvelle à lui consentie par le débiteur ; et la *successio in locum* a seulement pour effet de lui donner le rang hypothécaire du créancier qu'il désintéresse.

III. Le fidéjusseur qui a payé la dette après s'être fait céder les actions du créancier peut recourir au moyen de ces actions contre ses cofidéjusseurs.

IV. S'il n'y a pas société entre les *correi promittendi*, celui qui a payé la dette ne peut invoquer contre les autres le bénéfice de cession d'actions.

V. La cession d'actions ne s'opère pas *ipso jure* : elle doit être expressément requise.

VI. Les débiteurs solidaires jouissent d'une action utile, dans le cas où ils ont négligé de demander à temps la cession d'actions. Cette action est au contraire refusée aux fidéjusseurs et aux *correi promittendi*.

HISTOIRE DU DROIT

I. L'origine de la société d'acquêts se trouve dans les lois germaniques.

DROIT CIVIL

I. La clause de réversion des acquêts au profit des enfants à naitre du mariage est valable.

II. La société d'acquêts doit récompense pour les frais de labour et de semence, à l'époux sur le fonds

duquel se trouvent, à la naissance de cette société; des fruits pendants par branches ou par racines.

III. La plus-value acquise, grâce à l'activité du mari, par un office dont celui-ci était propriétaire avant le mariage, tombe dans la société d'acquêts.

IV. La communauté est propriétaire de l'office concédé au mari pendant le mariage par le chef de l'Etat.

V. Le trésor découvert par l'un des époux tombe dans la société d'acquêts.

VI. Le lot gagné avec un billet pris par un des époux pendant le mariage tombe dans la société d'acquêts.

VII. La société d'acquêts est propriétaire des gains réalisés au jeu par les époux.

VIII. Le mari ne peut aliéner les propres mobiliers de sa femme sans le concours de celle-ci

IX. La femme ne peut établir par la preuve testimoniale la consistance du mobilier dont elle était propriétaire avant le mariage.

X. A la dissolution de la société d'acquêts, les époux ont le droit de reprendre en nature leurs propres mobiliers.

XI. La femme n'a aucun droit de préférence sur les autres créanciers de la société pour le prélèvement de ses reprises.

XII. Sous la société d'acquêts jointe au régime dotal, la femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux.

XIII. Après la dissolution de la société d'acquêts, la restitution des fruits doit se faire conformément aux règles de la communauté.

XIV. En cas d'acceptation, après dissolution de la société d'acquêts par la séparation de biens, si la constitution de dot est universelle, la femme qui s'est obligée valablement au cours du mariage ne peut se soustraire aux poursuites des créanciers, qui veulent saisir sa part dans la communauté, en opposant l'inaliénabilité dotale.

DROIT DES GENS

I. L'Etat requis doit refuser l'extradition quand la prescription s'est accomplie, soit d'après la loi de l'Etat requérant, soit d'après sa propre loi.

II. Un Etat non esclavagiste ne doit pas livrer à un Etat esclavagiste un esclave, même coupable de crimes de droit commun.

DROIT PÉNAL

I. L'aggravation de peine que motive la situation personnelle de l'auteur principal ne s'étend pas aux complices.

II. L'accusé acquitté en Cour d'assises ne peut plus être poursuivi en police correctionnelle à raison du même fait autrement qualifié.

Vu par le Président de la thèse,

L. COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

